



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: Álvaro Namén Vargas

Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicación interna: 2449

Número unico: 11001-03-06-000-2020-00158-00

Referencia: Periodo de los magistrados de la Corte Constitucional. Periodos institucionales y personales. Posibilidad de interrupción o suspensión de tales periodos. Eficacia de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Principio *pro homine*

El Gobierno Nacional, por conducto de la ministra de Justicia y del Derecho, consulta a la Sala sobre la forma como debe contabilizarse el periodo para el cual fue elegido el doctor Alberto Rojas Ríos como magistrado de la Corte Constitucional, a raíz de la sentencia dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de su elección, y el fallo emitido, más adelante, por la Sección Segunda de la misma corporación, que dejó sin efectos la providencia anterior y dispuso el reintegro del magistrado Rojas Ríos, como resultado de la acción de tutela interpuesta por dicho funcionario.

I. ANTECEDENTES

En primer lugar, la funcionaria consultante informa que, el 10 de abril de 2013, el Senado de la República eligió al doctor Alberto Rojas Ríos como magistrado de la Corte Constitucional, para un periodo individual de ocho años, conforme a lo dispuesto por el artículo 239 de la Constitución Política. Asimismo, menciona que el doctor Rojas Ríos se posesionó el 2 de mayo de 2013, «fecha en la cual inició el ejercicio de sus funciones por el período constitucional individual de ocho (8) años».

Por otro lado, manifiesta que la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 25 de junio de 2014¹, anuló la elección del magistrado Rojas

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 25 de junio de 2014, expediente n.º 11001-03-28000-2013-00024-00.

Ríos, por supuestos vicios de forma en la votación mediante la cual la Sala Plena del Consejo de Estado conformó la terna que envió al Senado de la República, para que este efectuara dicha elección.

Sin embargo, en virtud de la acción de tutela que presentó el togado contra la Sección Quinta del Consejo de Estado, la Sección Segunda de la misma corporación, mediante fallo del 11 de mayo de 2015², dejó sin efectos la sentencia de la Sección Quinta «y ordenó su reintegro al cargo por el resto del período para el cual resultó elegido».

En esa medida, la ministra de Justicia consulta si debe restituirse «el término de duración de la interrupción de su periodo constitucional individual de ocho (8) años...», fenómeno que se presentó, a su juicio, por un lapso de 9 meses y 20 días, entre el 25 de julio de 2014, fecha de ejecutoria de la sentencia de nulidad, y el 15 de mayo de 2015, cuando se produjo su reintegro.

A este respecto, la ministra considera que, como la orden que se dio en la sentencia de tutela fue la de reintegrar al doctor Alberto Rojas Ríos «por el resto del período para el cual resultó elegido... como Magistrado de la Corte Constitucional», es necesario establecer cuál sería el entendimiento que debe darse a dicha providencia, a la luz de lo dispuesto en el artículo 239 superior.

Asimismo, afirma que resulta importante tener certeza sobre el momento en que termina el periodo del magistrado Rojas Ríos, para diferentes fines, entre ellos, el de efectuar la provisión del cargo, cuando quede vacante.

Finalmente, comenta que el doctor Rojas Ríos «nunca demandó al Estado con ocasión del daño evidente causado por la sentencia que declaró la nulidad de su elección...».

En atención a los argumentos y consideraciones expuestos, la ministra de Justicia y del Derecho plantea la siguiente

PREGUNTA:

Al haberse dejado sin efectos la providencia del veinticinco (25) de junio de 2014, que había anulado la elección del doctor Alberto Rojas Ríos como Magistrado de la Corte Constitucional, ¿El reintegro al cargo ordenado mediante Sentencia de amparo constitucional del once (11) de mayo de 2015, por el resto del período para el cual resultó (sic) elegido, debe entenderse por el tiempo faltante de su período individual constitucional de ocho (8) años, el cual se vio interrumpido por disposición de la mencionada sentencia de nulidad o por el

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 11 de mayo de 2015, radicación n.º 11001-03-15-000-2014-01787-01 (AC).

tiempo que corre desde la sentencia de tutela que dejó sin efectos la declaración de nulidad y ordenó el reintegro (cumplido el quince [15] de mayo de 2015), hasta la fecha límite inicialmente prevista para [la] terminación de su período, dos (2) de mayo de 2021?, resaltando que en este último escenario su período individual constitucional quedaría reducido a siete (7) años, dos (2) meses y diez (10) días.

II. CONSIDERACIONES

El principal problema jurídico que plantea la consulta consiste en determinar la forma como debe interpretarse lo ordenado por el Consejo de Estado, Sección Segunda, en la sentencia del 11 de mayo de 2015, mediante la cual ordenó el reintegro del doctor Alberto Rojas Ríos al cargo de magistrado de la Corte Constitucional, «por el resto del período para el cual resultó elegido».

A este respecto, debe esclarecerse si dicho periodo puede entenderse «interrumpido» o suspendido durante el lapso que transcurrió entre el momento en que quedó ejecutoriada la sentencia del 25 de junio de 2014, emitida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante la cual se declaró la nulidad de la elección del magistrado, y el momento en que este se reintegró efectivamente a su cargo, como consecuencia de la sentencia de tutela dictada por la Sección Segunda de la misma corporación, el 11 de mayo de 2015.

En últimas, se trata de establecer si, de acuerdo con lo ordenado por el Consejo de Estado en la última providencia citada, debe entenderse que «el resto del período para el cual resultó elegido» el magistrado Rojas Ríos corresponde al tiempo que le faltaba, en ese momento, para cumplir su periodo original de ocho (8) años, contado desde su fecha de posesión en el cargo (2 de mayo de 2013), es decir, hasta el 2 de mayo del año 2021, o al tiempo que le faltaba para completar ese mismo periodo (8 años) cuando debió abandonar forzosamente el cargo, para cumplir la sentencia de nulidad electoral dictada por la Sección Quinta. En esta segunda hipótesis, habría que descontar, entonces, el lapso transcurrido entre la fecha de dejación del cargo, como resultado de la sentencia de nulidad electoral, y la fecha de su reintegro efectivo, como consecuencia del fallo de tutela.

Para resolver este problema jurídico, la Sala analizará, en su orden, los siguientes aspectos: *i)* recuento de las decisiones adoptadas en torno a la declaratoria de nulidad de la elección del magistrado Alberto Rojas Ríos; *ii)* el periodo de los magistrados de la Corte Constitucional: diferencia entre periodos institucionales y periodos personales; *iii)* la eficacia de la tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales: el principio *pro homine*, y *iv)* análisis y solución del caso concreto.

A. Recuento de las decisiones adoptadas en torno a la declaratoria de nulidad de la elección del magistrado Alberto Rojas Ríos

En la consulta, se hace referencia a las dos decisiones judiciales más importantes relacionadas con este asunto, a saber, la sentencia mediante la cual se declaró la nulidad de la elección del magistrado Rojas Ríos y el fallo de tutela que dejó sin efectos la anterior y ordenó su reintegro al cargo.

Sin embargo, estas no fueron las únicas providencias judiciales que se adoptaron en relación con este asunto, pues la Sección Primera del Consejo de Estado, en primera instancia, negó la acción de tutela interpuesta por el doctor Rojas Ríos y, posteriormente, la Corte Constitucional seleccionó y confirmó la sentencia dictada por la Sección Segunda de la misma corporación, que concedió, en segunda instancia, el amparo solicitado por el magistrado.

En consecuencia, para el completo y cabal entendimiento de este asunto, así como para sustentar mejor los argumentos y las conclusiones sobre los cuales se apoyará la Sala para dar respuesta a la pregunta formulada por el Gobierno, es importante hacer referencia a tales providencias, en el orden cronológico en que se produjeron, así como a los principales fundamentos jurídicos en los que se basaron.

Con este propósito, se hará, a continuación, un recuento de los hechos y las decisiones más relevantes del caso:

1. El 6 de marzo de 2013, la Sala Plena del Consejo de Estado eligió a los doctores Martha Lucía Zamora Ávila, Alejandro Linares Cantillo y Alberto Rojas Ríos, como integrantes de la terna que le correspondía postular ante el Senado de la República, para que este designara al magistrado de la Corte Constitucional que debía remplazar al doctor Humberto Sierra Porto.
2. Con base en dicha terna, el Senado de la República eligió al doctor Alberto Rojas Ríos, el 10 de abril de 2013³.
3. El doctor Rojas se posesionó de su cargo el 2 de mayo de 2013, según lo informado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, en la consulta.
4. Un ciudadano demandó la nulidad de la elección del magistrado Alberto Rojas Ríos, ante el Consejo de Estado, por dos cargos principales: *i)* por haber incurrido, el mismo Consejo de Estado, en un vicio de procedimiento en la conformación de la terna con base en la cual fue elegido el doctor

³ Acta n.º 51 del 10 de abril de 2013. Gaceta del Congreso número 356 de 2013.

Rojas Ríos, consistente en haber votado de forma pública y nominal por los candidatos que conformarían dicha lista, en lugar de haberlo hecho de manera secreta, como lo exigía su Reglamento vigente a la sazón (artículo 45), y *ii*) por no cumplir, el doctor Rojas Ríos, con el requisito previsto en el numeral 4º del artículo 232 de la Constitución Política, vigente en aquella época⁴, pues el demandante consideraba que el ternado no había ejercido la profesión de abogado «con buen crédito».

5. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, integrada, para este caso, por una consejera de Estado y tres conjuces, mediante sentencia del 25 de junio de 2014, declaró la nulidad de la elección del doctor Alberto Rojas Ríos, por parte del Senado de la República, al encontrar probado el cargo de indebida conformación de la terna (de la que resultó elegido dicho funcionario), por violación a lo previsto en el Reglamento del Consejo de Estado. A este respecto, la Sección Quinta consideró que la votación realizada por la Sala Plena de esta corporación, para integrar la mencionada lista, no se hizo de manera secreta (mediante papeletas depositadas en urna), como lo exigía el Reglamento, en sus artículos 37 y 45, sino de forma pública y nominal. Este defecto, a su juicio, vició la conformación de la terna y, por contera, la elección realizada luego por el Senado.

Es importante señalar, para los efectos de esta consulta, que la Sección Quinta no encontró demostrado el segundo cargo que se presentó en la demanda, consistente en la falta de los requisitos constitucionales exigidos para ser magistrado de la Corte Constitucional, por parte del entonces candidato Alberto Rojas Ríos, pues manifestó que no había sentencia ni acto administrativo mediante el cual se le hubiese impuesto alguna sanción o responsabilidad de carácter penal, disciplinario o fiscal, y que tampoco obraba en el expediente prueba alguna que acreditara, de manera objetiva y clara, que el ternado hubiera incurrido en una conducta que desvirtuara el ejercicio de la profesión de abogado «con buen crédito», por el término exigido en la Carta Política.

6. En relación con dicha sentencia, uno de los conjuces presentó aclaración de voto, y otro planteó un «salvamento parcial». Este último señaló que no compartía los fundamentos de la sentencia, por dos razones principales: *i*) porque dicha providencia, en su parecer, no había distinguido entre los actos de postulación y los actos de elección a cargo del Consejo de

⁴ «Haber desempeñado, durante diez años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente». (Se destaca).

Estado, como sí lo hacía el Reglamento de la corporación, con lo que había terminado exigiendo, para la elaboración y postulación de una terna, los mismos requisitos previstos reglamentariamente para una elección, y *ii*) porque el secreto del voto, a su juicio, es un derecho y una garantía de los electores, aun en las elecciones realizadas por cuerpos colegiados, mas no una obligación, por lo que cada elector puede renunciar voluntariamente a dicha garantía, manifestando expresamente por quién votó o por quién tiene la intención de hacerlo.

7. El 16 de julio del mismo año, el magistrado Rojas Ríos interpuso una acción de tutela contra la Sección Quinta del Consejo de Estado, por considerar que esta le vulneró sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la participación en la conformación, el ejercicio y el control del poder político (acceso a cargos públicos), al incurrir en graves defectos sustantivos, fácticos y procedimentales en la sentencia del 25 de junio de 2014, mediante la cual se declaró la nulidad de su elección.
8. Esta acción de tutela fue resuelta, en primera instancia, por una sala de conjueces de la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia del 3 de diciembre de 2014⁵, que decidió negar el amparo constitucional deprecado, por considerar que la Sección Quinta, en su fallo del 25 de junio de 2014, no había incurrido en ninguno de los vicios que alegaba el actor, ni había violado sus derechos fundamentales. Entre otras consideraciones, manifestó que la Sección Quinta había interpretado de manera razonable el Reglamento del Consejo de Estado, y que el derecho de acceder a cargos públicos está condicionado al cumplimiento de todas las condiciones y requisitos previstos en la Constitución y en la ley para que la designación del respectivo servidor público se entienda válida.

Además, la Sección Primera señaló que, si lo que buscaba el actor era obtener una indemnización de los perjuicios que se le hubieran podido ocasionar con la decisión adoptada por la Sección Quinta, la acción de tutela no resultaba procedente, pues no era el mecanismo procesal establecido en la ley para formular esta clase de reclamos.

9. Esta providencia fue impugnada por el doctor Rojas Ríos, manifestando, entre otras cosas, que no compartía lo señalado por la Sección Primera, en la sentencia de primera instancia, sobre la improcedencia de la tutela para pedir la indemnización de los perjuicios que se le hubieran ocasionado con la declaratoria de nulidad de la elección, pues su única motivación, al

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 3 de diciembre de 2014, radicación n.º 11001-03-15-000-2014-01787-00 (AC).

interponer el recurso de amparo, era la de obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

Asimismo, el actor insistió en que se decretara una medida cautelar que, según se afirma en el fallo de segunda instancia, había solicitado desde la presentación de la acción de tutela, y que le había sido negada en la primera instancia, consistente en que se suspendiera el acto administrativo del 24 de agosto de 2014, dictado por el Consejo de Estado, con el fin de convocar a los aspirantes a participar en el proceso de selección para conformar la terna de candidatos que se enviaría al Senado de la República, para remplazar al doctor Alberto Rojas Ríos.

10. En atención a esta última solicitud, la Sección Segunda del Consejo de Estado, durante el trámite de la segunda instancia, decidió acoger la medida cautelar solicitada, mediante auto del 15 de enero de 2015, por lo que ordenó la suspensión del citado acto administrativo de convocatoria para integrar la terna de la que se remplazaría al magistrado Rojas Ríos.
11. La impugnación presentada por el actor contra el fallo de primera instancia fue resuelta por la Sección Segunda, integrada, para estos efectos, por una consejera de Estado y cuatro conjuces, en la sentencia del 11 de mayo de 2015. En dicha ocasión, la Sección Segunda decidió revocar la sentencia apelada y, en su lugar, declarar vulnerados los derechos fundamentales del doctor Alberto Rojas Ríos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia o «tutela judicial efectiva» y a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político. Asimismo, y como consecuencia de esta declaración, la Sección Segunda resolvió:

[...]

SEGUNDO: DÉJASE sin efectos la providencia judicial de 25 de junio de 2014, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en el proceso ordinario de Nulidad Electoral No. 11001-03-15-000-2014-01787-00.

TERCERO: ORDÉNASE a la Directora Ejecutiva de Administración Judicial y a la Presidenta de la Corte Constitucional que, en un plazo no mayor de cuarenta y ocho (48) horas, dispongan lo necesario para que el ciudadano ALBERTO ROJAS RÍOS sea reintegrado como magistrado de la Corte Constitucional por el resto del período para el cual resultó elegido.

[...]. (Negrillas en el original; subrayas añadidas, para destacar).

12. Como fundamento principal de su sentencia, la Sección Segunda del Consejo de Estado consideró que la Sección Quinta, en el fallo de nulidad electoral, había incurrido en los vicios que el actor denominó «defecto sustantivo» (que el juez de tutela calificó como «defecto fáctico») y

«defecto procedimental por excesivo ritual manifiesto», consistentes fundamentalmente en haber interpretado indebidamente el Reglamento del Consejo de Estado, y en haber apreciado y valorado de manera equivocada algunas pruebas documentales que formaban parte del expediente, como el acta y el audio de la sesión del 6 de marzo de 2013, de la Sala Plena.

Asimismo, en relación con los requisitos para la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales, la Sección Segunda estimó que la demanda cumplía con las exigencias señaladas por la jurisprudencia⁶, incluyendo la que denominó «relevancia constitucional», que consistía, en este caso, en que la acción de tutela no tenía que ver solamente con la protección de los derechos individuales del demandante, sino también con el ejercicio de la función electoral atribuida al Consejo de Estado, y con la debida conformación de la Corte Constitucional.

13. Frente a esta sentencia, la consejera de Estado que integraba la sala salvó su voto, por considerar que la acción de tutela resultaba improcedente, ya que, en su opinión, el actor disponía de otro medio de defensa judicial, idóneo y eficaz, para controvertir la sentencia de nulidad dictada por la Sección Quinta, como era el recurso extraordinario de revisión, que podía interponerse en estos casos, según lo expresó, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.
14. En relación con este mismo fallo, la doctora Lucy Jeannette Bermúdez, magistrada de la Sección Quinta del Consejo de Estado, presentó una solicitud de aclaración. Uno de los puntos que pidió aclarar consistía en la forma como debía cumplirse el reintegro del doctor Rojas Ríos, ordenado en la parte resolutive de la sentencia, dado que allí no se indicaba si era necesario que el actor tomara, de nuevo, posesión del cargo de magistrado de la Corte Constitucional, y porque, en su criterio, la directora ejecutiva de Administración Judicial y la presidenta de la Corte no tenían competencia funcional para ejecutar esta decisión.
15. Dicha solicitud fue negada por la sala de conjueces de la Sección Segunda, mediante auto del 10 de junio de 2015, en el cual se dijo lo siguiente, sobre el tema del reintegro del demandante:

En criterio de la Sala la prueba irrefutable de que la orden no era confusa, vaga ni imprecisa es que las destinatarias de la misma procedieron de inmediato a su

⁶ Especialmente, en la sentencia C-590 de 2005, de la Corte Constitucional, y en sentencia del 31 de julio de 2012, dictada por la Sala Plena del Consejo de Estado (expediente 11001-03-15-000-2009-01328-01).

cumplimiento, sin presentar objeción alguna ni solicitar aclaración. Este solo razonamiento releva a la Sala de realizar consideraciones adicionales.

16. El fallo de la Sección Segunda fue seleccionado por la Corte Constitucional, para su revisión, y sometido posteriormente a la consideración de su Sala Plena. Mediante la sentencia SU050 del 24 de mayo de 2018⁷, la Corte decidió confirmar la providencia revisada.

En esta providencia, la Corte Constitucional mantuvo la decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por considerar que la Sección Quinta de la misma corporación vulneró los derechos fundamentales del magistrado Rojas Ríos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y al ejercicio de cargos públicos, como resultado de haber incurrido en los defectos sustantivo, fáctico y procedimental absoluto (por «exceso ritual manifiesto») alegados por el actor. En este sentido, dicha corporación manifestó, entre otras cosas, que el secreto del voto es una garantía establecida a favor de los electores, y no un deber impuesto a ellos, por lo que los participantes en una elección (incluso, en aquellas realizadas por cuerpos colegiados) pueden renunciar libre y voluntariamente a esta protección, señalando el sentido del voto que piensan depositar, o que hayan consignado.

17. Cuatro magistrados de la Corte formularon salvamento de voto, y una conjuez presentó aclaración. Los magistrados disidentes manifestaron, en síntesis, que lo decidido por la Sección Quinta del Consejo de Estado no era irrazonable ni desproporcionado, porque se basaba en una interpretación adecuada del Reglamento de dicha corporación, vigente a la sazón, que buscaba preservar el secreto del voto, como garantía de imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función nominadora y electoral del Consejo de Estado y, en general, de las altas cortes. Además, consideraron que, aun si la Corte Constitucional encontraba violados los derechos fundamentales del actor, como consecuencia de los defectos jurídicos alegados, lo que debía hacer era devolver el asunto a la Sección Quinta, para que esta corrigiera tales yerros; estudiara las otras causales de nulidad invocadas, y dictara de nuevo la sentencia; en lugar de actuar (el juez de tutela) como juez de lo contencioso-electoral.

B. El periodo de los magistrados de la Corte Constitucional. Diferencia entre periodos institucionales y periodos personales

El artículo 239 de la Constitución Política dispone:

⁷ Corte Constitucional, sentencia SU050 del 24 de mayo de 2018, expediente T-5.027.021.

Artículo 239. La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho.

Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos. (Se resalta).

En el mismo sentido, el artículo 133 *ibidem* preceptúa:

Artículo 233. Los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, y del Consejo de Estado serán elegidos para períodos individuales de ocho años, no podrán ser reelegidos y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso⁸. (Destacamos).

Igualmente, el artículo 44 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia) establece:

Artículo 44. Integración de la Corte Constitucional. La Corte Constitucional está integrada por nueve (9) Magistrados, elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de ternas que presentan: tres (3) el Presidente de la República, tres (3) la Corte Suprema de Justicia y tres (3) el Consejo de Estado.

Las ternas deberán conformarse con abogados de distintas especialidades del derecho y el Senado elegirá un Magistrado por cada terna, procurando que la composición final de la Corte Constitucional responda al criterio de diversidad en la especialidad de los Magistrados.

Cuando se presente una falta absoluta entre los Magistrados de la Corte Constitucional, corresponde al órgano que presentó la terna de la cual fue elegido el titular, presentar una nueva para que el Senado de la República haga la elección correspondiente.

Producida la vacante definitiva, la Corte Constitucional la comunicará de inmediato al órgano que debe hacer la postulación para que, en un lapso de quince días, presente la terna ante el Senado de la República. La elección

⁸ Artículo corregido, según aclaración del 6 de septiembre de 1991, de la Secretaría General de la Asamblea Nacional Constituyente, publicada en la Gaceta Constitucional n.º 125 del 25 de septiembre de 1991.

deberá producirse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de presentación de la terna o de la iniciación del período ordinario de sesiones en caso de que a la presentación de la misma el Congreso se encontrare en receso.

Mientras se provee el cargo por falta absoluta o por falta temporal de uno de sus miembros la Corte Constitucional llenará directamente la vacante. (Se subraya).

En la misma línea, el artículo 130 de la Ley Estatutaria dispone, en lo pertinente:

Artículo 130. Clasificación de los empleos. Son de período individual los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial.

Los funcionarios a que se refieren los incisos anteriores permanecerán en sus cargos durante todo el período salvo que antes de su vencimiento intervenga sanción disciplinaria de destitución por mala conducta o lleguen a la *edad de retiro forzoso*⁹.

[...]. (Negrillas de la Sala).

Como se observa, las normas constitucionales y legales-estatutarias citadas disponen expresamente, y con toda claridad, que el periodo de los magistrados de la Corte Constitucional es individual, por lo que no existe margen alguno de duda a este respecto.

Ahora bien, de tiempo atrás, la Sala de Consulta y Servicio Civil se ha referido a la diferencia conceptual que existe, en nuestro ordenamiento jurídico, entre los periodos individuales, subjetivos o personales, por una parte, y los periodos institucionales u objetivos, por la otra.

A este respecto, en el concepto 2180 de 2014¹⁰, la Sala recapituló su doctrina sobre este punto, así:

2. Ahora bien, el artículo 1º de la ley 909 de 2004¹¹ dispone en lo pertinente:

“Artículo 1º. Objeto de la ley. (...)

⁹ Aparte declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, en el sentido de que «la expresión “o lleguen a la edad de retiro forzoso”... deberá interpretarse según los lineamientos fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia No. C-351/95».

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2180 del 27 de enero de 2014.

¹¹ «[8]“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”».

“De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;*
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;*
- c) **Empleos de período fijo;***
- d) Empleos temporales”. (Negrillas fuera del texto).*

En armonía con esta disposición el artículo 5º de la ley 909 de 2004 numeral 1 preceptúa que los empleos de los organismos y entidades regulados por dicha ley son de carrera administrativa, con excepción de los que esa norma señala, entre los cuales incluye *“los de elección popular, **los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.**”* (Se resalta).

Como puede apreciarse la ley ha establecido, con fundamento en el artículo 125 de la Constitución Política, otras categorías o tipos de cargos o empleos públicos que se encuentran excluidos de la carrera administrativa (mas no necesariamente del principio del mérito), entre los cuales están los *“de período fijo”*.

En relación con los cargos de periodo o, como los llama la ley, “de período fijo”, la jurisprudencia y la doctrina de esta Sala han distinguido, de vieja data, entre “periodo personal, individual o subjetivo” y “periodo institucional u objetivo”, de lo cual se derivan algunas consecuencias importantes, no sólo en la manera de contabilizar el respectivo término, especialmente cuando el titular del cargo falte en forma absoluta (por muerte, incapacidad, renuncia o destitución, entre otras) y haya lugar a reemplazarlo, sino también para determinar la forma y el momento de empezar a ejercer el cargo y de retirarse del mismo.

A este respecto se ha entendido que periodo “institucional u objetivo” es aquel que, además de tener una duración fija (en meses, años o en cualquier otra unidad de tiempo), tiene establecidas sus fechas de inicio y finalización, ya sea porque tales fechas estén indicadas de manera determinada y expresa en una norma constitucional o legal, o bien porque sean determinables, a partir de lo previsto en disposiciones de la misma índole.

En cambio se considera como periodo “personal o subjetivo” aquel cuyas fechas de inicio y terminación no han sido definidas en la Constitución o en la ley, y tampoco resultan determinables, de tal manera que la fecha de finalización del periodo de cada servidor público que ocupa uno de estos cargos está dada por la fecha en la que dicha persona toma posesión de su empleo.

En relación con este tema la Sala dijo en el concepto N° 1173 de 1999¹²:

¹² «[9] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 1173 del 18 de febrero de 1999».

“... El período institucional requiere dos supuestos básicos que permiten identificarlo como tal; ellos son: el término de duración y la fecha de iniciación; en el período individual se señala su duración, no tiene fecha de iniciación y comienza siempre al tomar posesión la persona que entra a ejercer el cargo”.

Sobre el mismo punto la Sala explicó lo siguiente en el concepto N° 2085 de 2011¹³:

“La identificación como institucional del período que la Constitución y la ley señalen para el ejercicio de un cargo o empleo público permite conocer de manera precisa las fechas de inicio y de terminación del mismo, teniendo en cuenta que hay períodos para los cuales aquella se encuentra expresamente fijada en la normatividad y, a partir de ella, cuenta el tiempo que lo conforma; pero que en distintas situaciones, el inicio está determinado por la fecha de la toma de posesión del cargo, y es ésta la que a su vez identifica la fecha de terminación.

“Valga agregar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-822-04¹⁴, definió la expresión “período”, como “el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de cierta función pública”. Y, por supuesto, que su inicio y su final son claramente determinados o determinables, circunstancia que elimina discusiones de índole personal y da un orden al ejercicio de los empleos sujetos a período”.

Se precisa que el concepto en cita, cuando expresa que *“en distintas situaciones, el inicio está determinado por la fecha de la toma de posesión del cargo, y es esta la que a su vez identifica la fecha de terminación”*, se refiere a la fecha en la que la primera persona que fue elegida para un determinado cargo tomó posesión del mismo, lo cual determina, a su vez, la fecha en la que inicia el periodo de todos los demás funcionarios elegidos o llamados con posterioridad para ocupar el mismo cargo.

Por esta razón en el concepto N° 2095 de 2012¹⁵ la Sala precisó:

*“Como señaló esta Sala en el Concepto 2085 de 2011..., existen casos en que el inicio del periodo institucional está fijado en una norma jurídica y hay casos en que no es así, pero ello no impide su determinación para dar cumplimiento a la finalidad de dichos periodos... Precisamente, en este último escenario, cuando la fecha de inicio no está determinada por la ley, la Sala ha utilizado referentes históricos y fácticos, como **la fecha de posesión de quien dio inicio al periodo institucional**”. (Se resalta).*

¹³ «[10] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 2085 del 9 de diciembre de 2011».

¹⁴ «[2] Corte Constitucional, sentencia C-822-04 (31 de agosto), Ref. Exp. D-5068».

¹⁵ «[12] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 2095 del 12 de marzo de 2012».

En el mismo concepto la Sala sintetizó los criterios de diferenciación entre los periodos institucionales y personales, así como las principales consecuencias jurídicas que se derivan de esta distinción, así:

“D. LAS CONSECUENCIAS DE QUE UN PERIODO SEA INSTITUCIONAL Y NO PERSONAL

“Sea lo primero señalar que en el caso de los cargos que tienen fijado un periodo institucional, el tiempo de inicio y de terminación de los mismos, es un elemento objetivo del respectivo empleo, que no se ve afectado por los elementos subjetivos o personales relacionados con el servidor público, como el nombramiento, la posesión, la renuncia, etc. Estos últimos acompañan al servidor que ocupa dichos cargos, pero no modifican el periodo institucional como elemento objetivo que es.

“Por ello, la Sala ha reiterado que la denominación de un periodo como institucional significa que existe certeza del momento en que el mismo empieza y termina¹⁶; implica también que el periodo es estable y perentorio de forma que no se extiende mas (sic) allá del plazo fijado para su finalización¹⁷; y conlleva igualmente que a su vencimiento cesa la competencia del funcionario, por lo cual éste deberá dejar el cargo¹⁸.

“Igualmente se observa que el periodo institucional es fijo en el tiempo y que no se ve afectado por situaciones particulares del servidor público (renuncia, abandono, muerte, etc.); su inicio tampoco depende, se suspende o se desplaza en razón de situaciones coyunturales como la fecha de posesión, de designación, etc. Y tampoco vuelve a empezar por efectos de la declaratoria de nulidad de la elección de su titular¹⁹.

“En general, ninguna circunstancia tiene la entidad suficiente para desplazar los periodos institucionales y originar fechas distintas para el inicio y terminación de los mismos, pues ello, precisamente, acabaría con su carácter institucional y generaría multiplicidad de periodos atípicos en el tiempo, según las situaciones particulares de cada caso. Así, por ejemplo, si un congresista o un alcalde o un diputado o un concejal, toma posesión de su cargo después de iniciado su periodo, aún por fuerza mayor, en todo caso cesará en sus funciones cuando el periodo institucional termine. Del mismo modo si se produce su renuncia o se anula su elección, quien haya de reemplazarlo sólo ocupará el cargo hasta que

¹⁶ «[20] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1743 del 08 de junio de 2006...».

¹⁷ «[21] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1860 del 06 de diciembre de 2007...».

¹⁸ «[22] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2032 del 29 de octubre de 2010...».

¹⁹ «[23] Al respecto, la Sala indicó lo siguiente en su reciente Concepto 2085 de 2011(...)».

el respectivo periodo finalice. Esa es una consecuencia del carácter institucional de sus periodos.

“La Sala tampoco encuentra que los periodos institucionales deban moverse en el tiempo para garantizar que su titular tenga el goce efectivo del tiempo fijado para el periodo, pues en tal caso simplemente se estaría frente a periodos personales (...).” (Negritas en el original; subrayas añadidas).

Como se aprecia, la Sala de Consulta ha señalado reiteradamente que los periodos objetivos o institucionales que, valga la pena recordarlo, son la regla general en nuestro ordenamiento jurídico para los cargos de elección (popular o por parte de cuerpos colegiados), como lo dispone actualmente el artículo 125 de la Carta Política²⁰, se caracterizan porque, no solamente es fijo y determinado el lapso o tiempo máximo durante el cual puede ejercerse el destino público (contado en días, semanas, meses o años), sino que también se encuentran previstas, en normas constitucionales o legales, o son claramente deducibles de tales disposiciones, las fechas de inicio y terminación del cargo, de tal manera que estas no pueden anticiparse ni postergarse por situaciones que afecten al nominado, incluso si se trata de circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor.

De allí que, al producirse la falta absoluta de la persona designada en un cargo de periodo institucional, por muerte, renuncia aceptada, destitución, pérdida de la investidura o nulidad de su elección, entre otras causas, el funcionario que sea elegido para remplazarlo o sustituirlo solamente puede ejercer el cargo por el tiempo que reste del periodo objetivo correspondiente, es decir, hasta la fecha de vencimiento inicialmente prevista.

Por el contrario, en las posiciones de periodo personal o subjetivo, el inicio del término depende de la fecha de posesión del nombrado o elegido, de tal manera que el momento de finalización o vencimiento del periodo esta sujeto, en principio, a la fecha de posesión de aquel. No obstante, cuando se produce la falta absoluta de estos servidores públicos, inclusive como resultado de la declaratoria de nulidad de su elección, y, como consecuencia de esta situación, se hace necesario nombrar o elegir a otra persona, en su remplazo, el nuevo funcionario que sea designado inaugura un nuevo periodo individual, a partir de su posesión, de tal manera que el tiempo por el que puede ejercer el cargo es completamente independiente de la fecha de posesión del servidor público que lo precedió, o del lapso por el que este hubiera ocupado la respectiva posición.

²⁰ El parágrafo del artículo 125 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003, dispone:

Parágrafo. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido. (Se destaca).

En este mismo sentido, se ha manifestado la Sección Quinta del Consejo de Estado en numerosas ocasiones²¹.

Vale la pena mencionar que, en el concepto 2443 de 2020, la Sala hizo la siguiente precisión adicional:

Además de lo dicho insistentemente en los conceptos parcialmente transcritos, la Sala se permite precisar que ni los períodos personales ni los institucionales pueden ser alterados por situaciones personales de quienes desempeñan el cargo, valga decir suspensiones, licencias, permisos, vacaciones, etc.²² (Subrayas añadidas).

Así, lo explicado hasta ahora sobre las diferencias entre los periodos institucionales y los individuales, así como sobre los efectos jurídicos que genera cada una de estas clases de términos, permite inferir que, a diferencia de los periodos objetivos, los subjetivos o personales podrían *suspenderse*, excepcionalmente, cuando se presenten circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, completamente ajenas (como lo exige su propia naturaleza) a la voluntad y a la conducta del servidor público, que no constituyan una simple *situación personal* de este y que le impidan el ejercicio del cargo durante cierto tiempo.

En este punto, es importante recordar la distinción que existe entre *interrupción* y *suspensión* de un término o plazo cualquiera, ya que, en algunos apartes de la consulta, se afirma que el periodo del magistrado Rojas Ríos se vio *interrumpido* con la sentencia dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado que declaró la nulidad de su elección, por lo que se consulta a la Sala si sería procedente *descontar* el término de *interrupción* que transcurrió entre el momento en que quedó ejecutoriada dicha providencia y la fecha en la que el togado se reincorporó a su cargo, como efecto del fallo de tutela que le resultó favorable.

Es pertinente recordar que la jurisprudencia y la doctrina, de *viaja data*, han distinguido claramente entre los conceptos de *suspensión* y de *interrupción* de los plazos o términos, ya sean sustanciales o procesales, previstos en la ley o en actos jurídicos. En la *suspensión*, el término deja de correr, a partir del momento en que sucede el hecho que la genera, y sigue contabilizándose, después de superada dicha circunstancia. Por el contrario, en la *interrupción*, el plazo deja de discurrir, a partir de la situación que la ocasiona, pero una vez

²¹ A este respecto, pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias dictadas por dicha Sección: Sentencia del 12 de agosto de 2013 (radicación 11001-03-28-000-2012-00012-00) y sentencia del 27 de septiembre de 2018 (expediente 2018-00012-00).

²² «[3] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2281 de 2016».

superada esta, no sigue corriendo, sino que empieza a contarse de nuevo, desde el principio.

Como se comprende, la importancia que tiene esta diferencia radica, principalmente, en el efecto que genera sobre la forma de contabilizar los términos. Así, en la interrupción, el plazo debe empezar a contarse de nuevo (partiendo de cero), por lo que no se tiene en cuenta el tiempo que hubiese transcurrido con anterioridad al hecho generador. En cambio, en la suspensión solo se detiene el cómputo del plazo, pero este no se modifica, se preserva y sigue contabilizando después de que se haya superado el hecho que la ocasiona, por lo que se tiene en cuenta el tiempo que hubiera transcurrido antes de dicha circunstancia.

Al aplicar estos conceptos al asunto que se consulta, la Sala observa que los periodos individuales, subjetivos o personales no pueden interrumpirse, en ningún caso, en relación con la misma persona; pero sí podrían suspenderse, excepcionalmente, en aquellos eventos en los que el ejercicio del cargo se vuelva imposible, en forma transitoria, por una verdadera circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor, y no haya sido remplazado el funcionario inicialmente designado.

Por lo tanto, en tales eventos, una vez superada la imposibilidad transitoria y sobreviniente, el término del respectivo periodo tendría que seguirse contabilizando, teniendo en cuenta el tiempo que el mismo servidor público hubiera ejercido inicialmente el respectivo cargo, siempre y cuando no haya sido designada otra persona en su remplazo.

En efecto, es importante recordar que, en condiciones normales, cuando se produce una vacante definitiva o falta absoluta en un cargo público, el respectivo nominador debe proceder a designar, en propiedad, al servidor que vaya a remplazar o sustituir a la persona que ocupaba inicialmente el cargo. En esa medida, si se trata de un cargo de periodo, no se presentaría interrupción ni suspensión en el ejercicio de dicho cargo público, en cabeza de la misma persona, sino que el nuevo funcionario que sea designado tendría que terminar el periodo que se encuentre en curso, si se trata de un periodo institucional, o iniciaría un nuevo periodo completo, si este es de tipo personal o individual.

Así, normalmente, la persona que es removida de un cargo público por destitución, pena privativa de la libertad, anulación de su elección o nombramiento, u otras circunstancias similares que generen falta absoluta, no podría reincorporarse al mismo cargo, por haberse revocado o declarado nula o sin efectos la decisión judicial o administrativa que generó la falta absoluta, cuando ya ha sido designada, en propiedad, otra persona en el mismo cargo, a menos que así lo ordene expresamente la autoridad judicial competente.

Pero, en circunstancias excepcionales, como las que suscitan la presente consulta, puede ocurrir que, antes de que haya sido provisto en propiedad el respectivo cargo, la decisión judicial o administrativa que llevó al retiro del funcionario público sea definitivamente revocada, anulada o dejada sin efectos, caso en el cual dicho exfuncionario podría reclamar que se le permita continuar ejerciendo su empleo de conformidad con la decisión. En este caso, si se trata de un cargo de periodo personal o individual, surge la duda de si el respectivo término debe suspenderse o no en el interregno entre la medida que retira al exfuncionario hasta cuando sea dejada sin efectos.

Vale la pena aclarar que esta inquietud no se presentaría cuando el ex servidor público, ya sea por la vía administrativa o la judicial, presente una reclamación de carácter económico; es decir, que pretenda reclamar la indemnización de los perjuicios que se le hayan ocasionado, incluyendo los salarios y las prestaciones sociales dejadas de percibir, pues debe entenderse que, en tal hipótesis, la compensación económica que solicite reemplazaría la suspensión del plazo del periodo. De esta manera, no sería posible reconocer tal indemnización y, adicionalmente, suspender el periodo (con el consecuente desplazamiento en su fecha de terminación), porque ambas cosas tendrían el efecto de compensar los ingresos dejados de percibir por el exfuncionario, por lo cual resultarían incompatibles.

Más adelante, al estudiar el caso concreto, la Sala analizará si estas condiciones y circunstancias excepcionales se cumplen en el caso específico del magistrado Rojas Ríos.

C. La eficacia de la tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales: el principio *pro homine*

Como es bien sabido, uno de los avances más significativos de la Constitución Política de 1991, en materia de protección y garantía de los derechos humanos, fue la consagración de la denominada *acción de tutela* (llamada, en otros países, derecho o recurso de amparo), por medio de la cual toda persona puede reclamar, en forma directa e inmediata, ante cualquier autoridad judicial, la protección de sus derechos fundamentales, frente a conductas u omisiones de las autoridades públicas y, en algunos casos, de los particulares, que impliquen una vulneración o amenaza a tales derechos.

A este respecto, el artículo 86 de la Constitución Política dispone:

Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y

sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

La acción de tutela fue regulada inicialmente por el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 2591 de 1991, dictado en ejercicio de las facultades que le confirió el literal b) del artículo transitorio 5 de la Constitución. De dicha normativa, es importante citar, para efectos de esta consulta, lo dispuesto en los artículos 3, 7, 23, 27 y 29, en sus partes pertinentes:

Artículo 3. Principios. El trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.

[...]

Artículo 7. 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. [...]

[...]

Artículo 23. Protección del derecho tutelado. Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible.

Quando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenará realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. [...]

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto.

[...]

Artículo 27. Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

[...]

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

[...]

Artículo 29. Contenido del fallo. Dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud el juez dictará fallo, el cual deberá contener:

[...]

3. La determinación del derecho tutelado.

4. La orden y la definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela.

[...]. (Subrayas fuera del texto).

Como se aprecia, uno de los principios que sirven de fundamento a la regulación legal de la acción de tutela es el de la *eficacia*, conforme al cual, tanto el procedimiento con el que se tramita dicha acción como la decisión que adopten los jueces, cuando encuentren procedente otorgar el amparo

constitucional solicitado, deben buscar la protección real y efectiva de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados. Para ello, los jueces deben ordenar (incluso durante el proceso, en forma preventiva o cautelar) las medidas que permitan suprimir la conducta o la omisión que genere la violación o amenaza a tales derechos y, en caso de una vulneración, hacer que las cosas vuelvan, en lo posible, a su estado anterior (restablecimiento del derecho), tal como lo disponen, en particular y de manera expresa, los artículos 23 y 27 del Decreto 2591 de 1991.

A juicio de la Sala, el principio de eficacia debe tenerse en cuenta no solo para el trámite y la decisión de las acciones de tutela, por parte de los jueces competentes, sino también para la «interpretación» de los fallos de tutela, cuando esto se requiera, con el fin de asegurar su debido cumplimiento, en cada caso concreto.

Ahora bien, el principio de eficacia de la acción de tutela va de la mano del principio denominado *pro homine*, tal como ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional, pues tal principio determina que, en caso de vacío o duda en la interpretación o aplicación de alguna norma, acto administrativo o fuente del derecho, debe preferirse, por regla general, aquella hermenéutica que proteja, de la mejor manera posible, esto es, de la forma más amplia y eficaz, los derechos constitucionales fundamentales de las personas.

Sobre el principio *pro homine*, la Corte Constitucional explicó lo siguiente, en la sentencia T-319 de 2012²³:

6. Interpretación normativa a la luz del principio *pro homine*

El principio de interpretación *pro homine*, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos. En el orden interno, este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades. (Sentencia T-191 de 2009).

De esta manera, la aplicación del principio *pro homine* en la hermenéutica jurídica se justifica en el hecho de que en aquellos casos en los que se acepte más de una interpretación a una norma, se deberá preferir la que de mejor

²³ Corte Constitucional, sentencia T-319 del 12 de mayo de 2012, expediente T-3.257.265.

manera garantice los derechos de las personas. En efecto, para esta Corte, el principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, así como a los derechos fundamentales, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria.²⁴

De otra parte, y aun cuando el cargo público sobre el cual versa la consulta ha de ser observado como una alta dignidad, más que como un empleo -en opinión de la Sala-, tal circunstancia no impide reconocer que, en la justa resolución del asunto planteado, gravita también la consideración que apunta a la protección de los derechos de la persona en tanto que trabajador, vale decir los principios de favorabilidad en materia laboral y de *in dubio pro operario*, que la Corte Constitucional ha distinguido y explicado así²⁵:

5.1. El principio de favorabilidad estricta en materia laboral exige que cuando el operador jurídico se encuentre frente a dos o más normas jurídicas que, *prima facie*, podrían aplicarse frente de una misma situación fáctica, debe optarse por la norma que favorezca mayormente al trabajador. Por otra parte, debe acudirse al principio *in dubio pro operario* o de favorabilidad en sentido amplio cuando el operador jurídico se encuentre ante la alternativa de escoger –no ya entre dos o más normas jurídicas de eventual aplicación a una misma situación jurídica- sino entre los efectos que de la interpretación [de] una misma norma jurídica podrían derivarse para el trabajador, debiendo igualmente optarse por el criterio hermenéutico que más favorezca a este último. En palabras de la Corte: “Mientras el principio de favorabilidad en sentido estricto recae sobre la selección de una determinada disposición jurídica, el principio *in dubio pro operario* lo hace sobre el ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar el contenido normativo de una disposición jurídica.”²⁶.

5.2. De lo recién expuesto se concluye que el artículo 53 superior incorpora tanto el principio de favorabilidad en sentido estricto como el principio *in dubio pro operario*. Ciertamente, de su lectura se desprende que mientras que el primero de dichos principios opera en caso de duda en la “*aplicación*” de las fuentes formales de derecho, el segundo ocurre cuando la duda surge de la “*interpretación*” de tales fuentes²⁷.

²⁴ «[56] Cfr. C-1056 de 2004 y T-284 de 2006 del mismo año, ambas con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, y C-372 de 2009 M. P. Nilson Pinilla Pinilla».

²⁵ Corte Constitucional, sentencia SU140 del 28 de marzo de 2019, expedientes acumulados: T-5.647.921, T-5.647.925, T-5.725.986, T-5.755.285, T-5.766.246, T-5.840.729, T-5.841.624, T-5.844.421, T-5.856.779, T-5.856.793 y T-5.870.489.

²⁶ «[263] Sentencia T-832A de 2013, MP Luis Ernesto Vargas Silva».

²⁷ «[264] Ver, entre otras, las sentencias: T-569 de 2015, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-088 de 2018, MP José Fernando Reyes Cuartas».

5.3. Ahora bien, la jurisprudencia ha sido clara en establecer que la *duda* que antecede y presupone la aplicación tanto de la favorabilidad en sentido estricto como del principio *in dubio pro operario* debe ser una duda que “[revista] un carácter de seriedad y objetividad, pues no sería dable que ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la más sólida bajo el argumento que la primera es la más favorable al trabajador. En ese orden, la seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierna sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva’.^[36²⁸] Igualmente, la Sala precisa que la duda que surge en este contexto es de carácter normativo, por esa razón no es posible la utilización de estos principios en caso de incertidumbre sobre la ocurrencia de un aspecto fáctico, esto es, en el escenario de la prueba de los hechos^[37²⁹]”^[38³⁰].³¹ (Negrillas en el original; subrayas añadidas).

De esta manera, se observa que la jurisprudencia ha establecido el principio *pro homine* como criterio para interpretar las normas jurídicas, cuando el juez, o cualquier otro operador jurídico, deban enfrentarse a dos o más interpretaciones posibles de una norma, que sean razonables, serias y objetivas (es decir, no caprichosas, superficiales ni puramente subjetivas). En dicha hipótesis, el intérprete debe preferir aquella hermenéutica que respete y desarrolle, de forma más efectiva, los derechos fundamentales y, en general, los derechos humanos de la persona concernida.

Asimismo, dentro del marco conceptual bifronte arriba explicado, gravita también la consideración de los principios de favorabilidad en materia laboral y de *in dubio pro operario*.

Aunque estos principios hermenéuticos deben aplicarse, en principio, frente a normas jurídicas, en sentido estricto, es decir, disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto, la Sala considera que pueden aplicarse, igualmente, cuando resulte necesario interpretar el alcance de una sentencia judicial en firme o de un acto administrativo de alcance particular, siempre que ello resulte indispensable para darle cumplimiento, y no existan o se hayan agotado las herramientas procesales para obtener su aclaración.

En efecto, desde el punto de vista conceptual, y bajo un entendimiento integral y sistemático del ordenamiento jurídico, las sentencias judiciales pueden

²⁸ «[265] [36] Cfr. Sentencia T-1268 de 2005».

²⁹ «[266] [37] Esta imposibilidad de aplicar los principios de favorabilidad e *in dubio pro operario* en el escenario de la prueba de los hechos no se opone, sin embargo, al uso de estándares flexibles en materia probatoria laboral y de la seguridad social».

³⁰ «[267] [38] Sentencia T-832A de 2013. Reiterada en la sentencia T-730 de 2014».

³¹ «[268] Jurisprudencia citada en la Sentencia T-088 de 2018, MP José Fernando Reyes Cuartas».

considerarse, también, como normas jurídicas de alcance particular o general, según el caso, pues adjudican cierto derecho a una persona, grupo de personas o a la comunidad entera, con base en cierta interpretación de las disposiciones jurídicas generales que les sirven de fuente o fundamento. Por lo tanto, tales *normas individuales* pueden ser objeto, también, de interpretación. Como lo explica Kelsen³²:

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico. (Destaca la Sala).

De acuerdo con lo anterior, la sentencia como texto jurídico es susceptible de ser interpretada para su recta inteligencia, sentido o alcance, cuando pueda ofrecer duda en alguno de sus apartes, bien en las normas jurídicas que la sustentan o las particulares que crea, ora de los mandatos u órdenes que dispone, o en su ejecución. Y para ello, es posible utilizar los criterios de interpretación jurídica y los principios del derecho que actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas y normas jurídicas generales o particulares.

Para hacer frente a las dificultades que puede presentar la sentencia mientras no haya cobrado ejecutoria, existen los mecanismos procesales de aclaración, corrección y adición de las providencias, previstos en los artículos 285, 286 y 287 de la Ley 1564 de 2012 (CGP).

Con respecto a las sentencias de tutela, vale la pena precisar que, aun cuando el Decreto 2591 de 1991 no establece expresamente la posibilidad de que alguna de las partes solicite su aclaración, complementación o corrección, el

³² KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. 4a edición, 9a reimpresión: abril de 2009, p. 127. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Eudeba.

artículo 4 del Decreto 306 de 1992, reglamentario del 2591, dispone lo siguiente:

Artículo 4° De los principios aplicables para interpretar el procedimiento previsto por el decreto 2591 de 1991. Para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del Código de Procedimiento Civil, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho Decreto.
[...] (Se resalta).

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha permitido que se haga uso de estos mecanismos procesales, conforme a las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil y, actualmente, del Código General del Proceso, siempre que la solicitud se presente dentro del término de ejecutoria de los fallos.

Sobre este punto, la Corte explicó lo siguiente, en el auto A-212 de 2015³³:

De la aclaración, adición y complementación³⁴.

2. Este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha indicado que uno de los pilares del derecho procesal -aplicable en materia constitucional-, es el del agotamiento de la competencia funcional del juzgador una vez dictada la sentencia con la cual se termina su actividad jurisdiccional. Por esa razón, dicha sentencia, como regla general, no es modificable ni alterable por el cuerpo judicial que la profirió. Ahora bien, en la teoría procesal es factible la enmienda de algunos yerros del fallo, mediante la *aclaración, corrección y adición de las providencias*.

3. No obstante, en la **sentencia C-113 de 1993**, se declaró la inexecutable del inciso 4° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que señalaba la posibilidad de solicitar la aclaración de sentencias de constitucionalidad que limiten los efectos de la cosa juzgada. [...]
[...]

4. Posteriormente, el artículo 285 de la Ley 1564 de 2012³⁵, preceptúa:

“ACLARACIÓN. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda,

³³ Corte Constitucional, auto A-212 del 27 de mayo de 2015. «Solicitud de “aclaración y adición” del Auto 170 del 5 de junio de 2014, mediante el cual se negó la solicitud de nulidad presentada contra la Sentencia T-1024 de 2012».

³⁴ «[1] Consideración reiterada en auto del 20 de mayo de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado».

³⁵ «[2] En los mismos términos de la norma del Código de Procedimiento Civil».

siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.”

5. La jurisprudencia de esta Corporación, en aplicación de lo que disponía el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, cuyo contenido normativo es bastante similar al actualmente vigente en el Código General del Proceso, indicó que procede la aclaración de sentencias de tutela proferidas por las Salas de Revisión de la Corte Constitucional, en los casos previstos en la norma general ya citada.

[...]

6. De acuerdo con lo antes visto, la aclaración de las sentencias o autos de la Corte Constitucional procede respecto de (i) aquellos conceptos o frases que generen duda en el alcance del fallo, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella. Conforme a esta regla, “*se aclara lo que ofrece duda, lo que es ambiguo, lo que es susceptible de ocasionar perplejidad en su intelección y, solamente respecto de la parte resolutive de los fallos o cuando lo expuesto en la parte motiva influye en aquélla*”.³⁶ Y, (ii) la complementación o adición se funda estrictamente en el objeto del caso resuelto, por ello no necesariamente todos los asuntos jurídicos que surjan del caso deben ser analizados. Luego, concluida la etapa de revisión de un fallo de tutela o de revisión en Sala Plena, se agota su competencia para decidir materias nuevas sobre los mismos hechos y las mismas pretensiones³⁷.

En esa medida, cuando se hace necesario interpretar una sentencia u otra providencia judicial, para darle cumplimiento efectivo, o para determinar si fue verdaderamente acatada, y no exista un mecanismo procesal que permita aclararla, por parte del mismo juez o corporación judicial que la expidió, o dicho medio no se haya utilizado, ni se pueda usar ya, la Sala considera que resulta válido acudir a los principios *pro homine* e *in dubio pro operario*, según el caso, entre otros criterios hermenéuticos que han establecido la ley y la jurisprudencia para la interpretación de las normas jurídicas.

³⁶ «[3] En el auto 026 de 2003 la Corte negó una solicitud de aclaración de la Sentencia C-671 de 2002, al no constarse el motivo de duda, de igual modo se reiteró dicho concepto en el auto 150 de 2012, entre otros».

³⁷ «[4] Cfr. auto 072 de 2015».

D. Análisis y solución del caso concreto

Según lo relatado en la consulta y en el primer acápite de la parte considerativa de este concepto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 25 de junio de 2014, declaró la nulidad de la elección del doctor Alberto Rojas Ríos, como magistrado de la Corte Constitucional, efectuada por el Senado de la República el 10 de abril de 2013. El principal fundamento de esta decisión consistió en que la Sala Plena del Consejo incurrió presuntamente en un error o vicio en la votación por medio de la cual conformó la terna que postuló al Senado, para que este efectuara la referida elección. Tal yerro consistió en haber realizado una votación nominal y pública, en lugar de haberla hecho de forma secreta, como lo exigía el Reglamento del Consejo de Estado, vigente a la sazón.

Como resultado de esta decisión, el magistrado Rojas debió abandonar su cargo; pero unos días después interpuso una acción de tutela contra la Sección Quinta, por considerar que dicha célula judicial vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la participación en el ejercicio de cargos públicos, al haber incurrido, en la referida providencia, en defectos sustantivos, fácticos y procedimentales.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en el trámite de la segunda instancia, mediante auto del 15 de enero de 2015, decretó la medida cautelar solicitada por el demandante, consistente en la suspensión del acto administrativo del 24 de agosto de 2014, por medio del cual el Consejo de Estado convocó públicamente a los interesados en participar en el proceso de selección para integrar la terna que debía enviarse al Senado de la República, para elegir a la persona que remplazaría al doctor Rojas Ríos, como magistrado de la Corte Constitucional. Por tal razón, dicha actuación administrativa-electoral quedó suspendida.

Más adelante, la misma Sección, en sentencia del 11 de mayo de 2015, concedió la protección constitucional solicitada por el doctor Rojas Ríos, al encontrar que, tal como lo sostenía el actor, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en su providencia del 25 de junio de 2014, había violado sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la participación en el ejercicio del poder político, como resultado de los defectos señalados en la acción de tutela.

Vale la pena recordar que, en relación con el fallo dictado por la Sección Segunda, la parte demandada presentó una solicitud de aclaración, referida parcialmente a la orden de reintegro del magistrado Rojas Ríos. Esta solicitud fue denegada por la misma Sección, mediante auto del 10 de junio de 2015.

Una vez seleccionada la sentencia de tutela para su revisión, por parte de la Corte Constitucional, la Sala Plena de dicha corporación resolvió confirmar lo decidido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en segunda instancia.

Contra la sentencia de la Corte Constitucional, no se presentó solicitud alguna de aclaración, complementación o corrección, como consta en la página web de dicha corporación.

No sobra aclarar que, en este momento, no podría presentarse ninguna solicitud adicional de aclaración de las providencias judiciales referidas, por encontrarse debidamente ejecutoriadas.

Ahora bien, merece la pena reiterar que, en la sentencia del 11 de mayo de 2015, la Sección Segunda adoptó dos decisiones que resultan esenciales para llegar a una conclusión clara sobre este asunto y responder, con base en ella, la consulta formulada. Tales resoluciones fueron:

[...]

SEGUNDO: DÉJASE sin efectos la providencia judicial de 25 de junio de 2014, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en el proceso ordinario de Nulidad Electoral No. 11001-03-15-000-2014-01787-00.

TERCERO: ORDÉNASE a la Directora Ejecutiva de Administración Judicial y a la Presidenta de la Corte Constitucional que, en un plazo no mayor de cuarenta y ocho (48) horas, dispongan lo necesario para que el ciudadano ALBERTO ROJAS RÍOS sea reintegrado como magistrado de la Corte Constitucional por el resto del período para el cual resultó elegido.

[...]. (Negrillas en el original; se subraya).

Como se aprecia, la Sección Segunda de esta corporación sentenció, en primer lugar, *dejar sin efectos* el fallo de nulidad electoral proferido por la Sección Quinta, en el caso del magistrado Rojas Ríos.

Más allá de la discusión que podría plantearse sobre los efectos hacia el futuro (*ex nunc*) o desde el pasado (*ex tunc*) que tendría esta decisión judicial, en sede de tutela, es claro que la Sección Segunda del Consejo de Estado no decidió *revocar* ni *modificar* la sentencia de nulidad electoral dictada por la Sección Quinta de la misma corporación; así como tampoco *devolver* el proceso a dicha dependencia judicial, para que corrigiera los defectos que se encontraron en el fallo y volviera a dictar una nueva sentencia; sino que ordenó, directamente, *dejar sin efectos* la referida providencia.

Esta determinación conlleva claramente que no pueda atribuirse ningún efecto jurídico a la mencionada sentencia de nulidad dictada por la Sección Quinta.

Dicho en otras palabras, lo resuelto por el juez de tutela, en este punto, exige hacer la ficción jurídica de que la providencia de la Sección Quinta nunca se dictó.

En segundo lugar, la misma sentencia de tutela ordenó reintegrar al ciudadano Rojas Ríos, «como magistrado de la Corte Constitucional por el resto del período para el cual resultó elegido». Teniendo en cuenta que el citado funcionario se posesionó de su cargo el 2 de mayo de 2013 y, por lo tanto, había ejercido su función durante más de un año, cuando se dictó la sentencia de nulidad electoral (25 de junio de 2014), lo dispuesto por el juez de tutela, en este punto, podría tener dos interpretaciones diferentes, ambas aceptables, en principio, desde el punto de vista jurídico, en relación con el tiempo que le faltaba al doctor Rojas para ejercer su cargo como magistrado de la Corte:

- i) Que «el resto del período para el cual resultó elegido» es el tiempo que le faltaba, en ese momento, para completar su periodo de ocho años, contado desde la fecha de su posesión, como sucede, de ordinario, con los cargos de periodo individual. Bajo esta interpretación, el periodo del togado terminaría, en todo caso, el 2 de mayo del año 2021.
- ii) Que «el resto del período para el cual resultó elegido» se refiere al tiempo (medido en años, meses y días) que le faltaba, en ese momento, para ejercer efectivamente su cargo, por el periodo individual de ocho años para el que fue elegido. Bajo esta segunda tesis, su periodo no terminaría el 2 de mayo de 2021, sino en aquella fecha futura y posterior que resulte de suspender la contabilización de su periodo, entre el día en que debió dejar el ejercicio del cargo, en cumplimiento de la sentencia de nulidad electoral, y la fecha en que se reincorporó efectivamente, como consecuencia del fallo de tutela que le fue favorable.

Para la Sala de Consulta y Servicio Civil, la interpretación que resulta más adecuada, desde una perspectiva exegética, sistemática, constitucional y finalista, es la segunda, por las razones que se han desarrollado en este concepto y que se precisan de la siguiente manera, para el caso concreto:

- i) En primer lugar, debe reiterarse que el periodo de los magistrados de la Corte Constitucional es individual o personal, y no institucional, lo cual implica que dichos funcionarios judiciales tienen el deber y, al mismo tiempo, el derecho de ejercer ese cargo público durante un tiempo de ocho (8) años, salvo que se retiren o sean retirados antes de la finalización del periodo, por alguna de las causales previstas en la Constitución y en la ley.

- ii) Al ser un periodo individual, se cuenta desde la fecha de posesión del respectivo funcionario público y, *en principio*, no está sujeto a interrupción, en relación con la misma persona, ni a suspensión.

No obstante, según lo que se ha explicado, resulta factible que dichos periodos se *suspendan*, de forma excepcional, cuando el cargo no pueda ser ejercido por su titular, durante algún tiempo, debido a una verdadera circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor, que no represente una situación originada en la conducta personal del funcionario, siempre que el periodo no haya vencido y no se haya nombrado o elegido a la persona que deba remplazarlo, de manera definitiva.

- iii) En el caso concreto del doctor Rojas Ríos, la Sala destaca que dicho funcionario se vio obligado a dejar su cargo, para dar cumplimiento a la sentencia del 25 de junio de 2014, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de su elección, por un presunto defecto o vicio en el procedimiento de elección y, particularmente, en la conformación de la terna, por parte de la Sala Plena del Consejo de Estado.

Para determinar si dicha decisión judicial puede constituir o no un evento de caso fortuito o fuerza mayor, vale la pena recordar que este instituto se encuentra definido en el artículo 1 de la Ley 95 de 1890, que subrogó el artículo 64 del Código Civil, en los siguientes términos:

Artículo 1°. Se llama fuerza mayor ó caso fortuito, el imprevisto á que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

Aunque los «autos de autoridad ejercidos por un funcionario público» pueden constituir, en principio, eventos de caso fortuito o fuerza mayor, esto no significa que toda decisión judicial o administrativa dictada por una autoridad competente constituya, para una persona y en relación con una obligación u otra situación jurídica en particular, una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor, pues para ello se requiere que tal decisión reúna, en el caso concreto, los requisitos que la jurisprudencia y la doctrina han exigido para que se configure este fenómeno, a saber: *i)* que el hecho sea imprevisible; *ii)* que sea irresistible; *iii)* que el hecho sea completamente ajeno o externo a la conducta del deudor o de quien pretende eximirse (*ajenidad o exterioridad*), y *iv)* que, en el caso concreto, genere la imposibilidad de cumplir con la respectiva obligación, deber o función de que se trate.

En esta medida, la Sala destaca que la circunstancia que constituya caso fortuito o fuerza mayor debe ser, por naturaleza, un hecho completamente *ajeno* a la conducta del deudor o de la persona que pretende beneficiarse con esta figura, pues si el hecho ha sido causado, directa o indirectamente por esta persona, en forma total o parcial, ya sea por acción o por omisión, no podría afirmarse que tal circunstancia le fuera completamente irresistible (pues habría podido evitarla, adoptando un comportamiento distinto) ni totalmente imprevisible (ya que las personas pueden prever, normalmente, las consecuencias de sus propias conductas).

Por lo tanto, aunque la decisión de una autoridad administrativa o judicial sea obligatoria y vinculante para determinada persona, y, en esa medida, parezca irresistible, no necesariamente constituye una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor, pues, para ello, es necesario establecer, en el caso concreto, que tal providencia no sea una consecuencia lógica, normal y previsible del comportamiento (activo o pasivo) del propio deudor, ya que, si fuera así, no se trataría de un hecho realmente imprevisible ni verdaderamente irresistible para el deudor o la persona que pretenda exonerarse de su responsabilidad.

Para referirse, en concreto, a la declaratoria judicial de nulidad de una elección, adoptada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dicha decisión podría constituir, en principio, un evento de caso fortuito o fuerza mayor para ejercer el respectivo cargo público, dado el carácter obligatorio y ejecutorio que tiene, a partir de su firmeza, para el respectivo servidor público y para su nominador, lo que obliga al titular del empleo a retirarse.

Sin embargo, para determinar si, en un caso concreto, tal decisión judicial constituye o no un caso fortuito o fuerza mayor, la Sala considera que debe analizarse el fundamento que haya tenido en cuenta el juez o la corporación judicial competente para anular la elección y, en particular, si la causal que le sirvió de sustento tiene que ver, directa o indirectamente, con la conducta del propio candidato o aspirante.

En el caso que nos ocupa, aunque el demandante formuló dos cargos contra la elección del doctor Alberto Rojas Ríos, como magistrado de la Corte Constitucional: *i)* no cumplir los requisitos constitucionales para ocupar el empleo (causal de naturaleza subjetiva), y *ii)* un presunto vicio en el procedimiento para la conformación de la terna, con base en la cual fue elegido (causal de carácter objetivo), la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la sentencia del 25 de junio de 2014, solamente encontró probado el segundo cargo y, con base en este, declaró la nulidad de su elección.

Por otra parte, ni en dicha providencia, ni en los fallos dictados en el trámite de la acción de tutela, en primera o en segunda instancia, o en el curso de la revisión efectuada por la Corte Constitucional, se afirmó o se insinuó que el doctor Rojas Ríos hubiese causado, participado o intervenido en el presunto defecto procedimental que ocasionó la nulidad de su elección.

Todo lo anterior permite concluir que, en este caso particular y para los efectos de esta consulta, exclusivamente, la decisión adoptada por la Sección Quinta del Consejo de Estado reúne todos los elementos conceptuales que la jurisprudencia y la doctrina han señalado para configurar (a partir de su definición legal) una verdadera situación de caso fortuito o fuerza mayor, y que tal hecho hizo imposible, para el doctor Alberto Rojas Ríos, ejercer, durante cierto tiempo, la función pública que le había sido encomendada como magistrado de la Corte Constitucional.

Vale la pena reiterar que el otro cargo formulado en la demanda de nulidad electoral, consistente en el presunto incumplimiento, por parte del doctor Rojas Ríos, de los requisitos establecidos constitucionalmente para ser elegido magistrado de la Corte Constitucional, fue denegado por la Sección Quinta, en la citada providencia, por considerar que no se encontraba probado.

En esa medida, la Sala entiende que la circunstancia que llevó al magistrado Rojas a suspender el ejercicio de su cargo, es decir, la sentencia de la Sección Quinta, constituye una verdadera circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor, que le impidió ejercer su cargo durante algunos meses, por tratarse de una decisión obligatoria, de curso inmediato y definitiva, en ese momento, adoptada por la autoridad competente y basada en circunstancias completamente ajenas a las condiciones personales o al comportamiento del doctor Rojas Ríos. Tal decisión fue dejada sin efectos, posteriormente, por otra autoridad judicial.

Por otra parte, el Senado de la República no designó a ninguna persona en remplazo del doctor Rojas Ríos, pues, como consecuencia de la medida cautelar adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, durante el trámite de la acción de tutela en la segunda instancia, esta corporación debió suspender la convocatoria pública y el proceso de selección que había iniciado para conformar la terna que debía enviar al Senado, con el fin de elegir al remplazo del doctor Rojas Ríos.

En consecuencia, en este caso, se presentan condiciones excepcionales, como se ha observado, para que pueda entenderse *suspendido*, durante el

tiempo señalado, el periodo personal o individual del magistrado Rojas Ríos.

Adicionalmente, se observa que el togado no ha presentado, hasta el momento, ninguna demanda judicial para reclamar la indemnización de los perjuicios que hubiese podido sufrir como resultado de la citada sentencia de nulidad electoral, incluyendo los salarios y prestaciones sociales que dejó de recibir durante el tiempo en que estuvo por fuera del cargo, tal como se indica en la consulta y se pudo verificar con la información registrada en la página de internet de la Rama Judicial (consulta de procesos judiciales).

- iv) En la sentencia dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, que concedió el amparo constitucional solicitado por el doctor Rojas Ríos, se resolvió, por una parte, *dejar sin efectos* jurídicos la sentencia que declaró la nulidad de la elección de dicho funcionario, y por la otra, ordenar su reintegro *por el resto del periodo para el cual fue elegido* como magistrado de la Corte Constitucional. Al hacer una interpretación gramatical y sistemática de esa providencia, se tiene que no podría entenderse que el *resto del periodo* es aquel que le faltara, en ese momento, para cumplir su periodo de ocho años, contado desde la fecha de su posesión, es decir, hasta el 2 de mayo de 2021, pues, si fuera así:
 - a- Se le estarían otorgando efectos – jurídicos y prácticos – a la sentencia de la Sección Quinta, aunque fuera de manera transitoria, pues la nulidad de su elección habría producido efectos durante más de nueve (9) meses y, como resultado de esto, el doctor Rojas Ríos solo podría *ejercer efectivamente* su cargo por un lapso inferior a los ocho años para los que fue elegido. De esta manera, se estaría limitando el alcance de lo decidido, sobre este punto, por la Sección Segunda, en sede de tutela, que luego fue confirmado, como se indicó, por la Corte Constitucional, y
 - b- No se estaría cumpliendo, tampoco, la orden judicial de reintegrarlo por *el resto del periodo* para el cual fue elegido como magistrado de la Corte Constitucional (ocho años), sino por un periodo inferior.
- v) Desde una perspectiva constitucional y teleológica, la interpretación que se acoge es la que mejor consulta la efectividad de la acción de tutela, como instrumento de protección de los derechos fundamentales y, particularmente, en este caso, el derecho del doctor Alberto Rojas Ríos a participar en la conformación, el ejercicio y el control del poder político, como magistrado de la Corte Constitucional (artículo 40 de la Constitución

Política³⁸). Dicho derecho está previsto expresamente en el Decreto 2591 de 1991 (artículo 3), y se encuentra desarrollado en las disposiciones de esta misma regulación que obligan al juez de tutela a restablecer los derechos del demandante (artículo 27), cuando encuentre que estos han sido efectivamente vulnerados, y ordenar que las cosas vuelvan, en lo posible, al estado anterior a la violación (artículo 23).

En efecto, si se interpreta el fallo de tutela en el sentido de que ordenó el reintegro del doctor Rojas Ríos a su cargo, hasta el 2 de mayo de 2021 (ocho años contados desde su posesión), se estaría limitando la eficacia de la decisión judicial, especialmente en cuanto al derecho fundamental del actor a participar en la conformación y el ejercicio del poder político, pues, a pesar de haberse encontrado vulnerado este derecho, junto con los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, se llegaría a la conclusión de que el magistrado Rojas Ríos debe conformarse con ejercer efectivamente sus funciones por un periodo inferior al previsto en la Constitución y en la ley, y para el cual fue elegido por el Senado (8 años).

Por la misma razón, no se estaría cumpliendo el mandato legal de restablecer integralmente los derechos conculcados al actor (sino apenas en forma parcial), y no se obedecería tampoco el deber de hacer que las cosas vuelvan a su estado anterior a la vulneración; deberes impuestos por el Decreto 2591 de 1991 a los jueces de tutela, cuando encuentren probada la violación a los derechos fundamentales que invoquen los demandantes.

Sobre el *derecho de acceso a los cargos públicos*, como manifestación del derecho fundamental a participar en la conformación, el ejercicio y el control del poder político, y su protección por la vía de tutela, la Corte Constitucional ha manifestado³⁹:

En lo que hace referencia a otro de los derechos alegados por el demandante, el numeral 7º del artículo 40 de la Carta Política consagra el derecho a “*acceder al desempeño de funciones y cargos públicos*”. Desde sus inicios, la Corte ha

³⁸ «Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.

[...]

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

[...]».

³⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-339 del 4 de mayo de 2011, expediente T-2.735.401.

destacado el carácter fundamental de dicho derecho. En la sentencia T-003 de 1992, la Corte señaló al respecto:

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

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

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

La jurisprudencia igualmente ha destacado la *singular importancia* de este derecho dentro del ordenamiento constitucional, pues constituye garantía básica para lograr amplios espacios de legitimación democrática⁴⁰.

La Corte Constitucional ha hecho referencia a sus distintas dimensiones, así ha señalado que frente al nivel abstracto -propio de los juicios de control de constitucionalidad-, interesa determinar si las restricciones, limitaciones o condiciones de acceso a los cargos públicos son proporcionados. Por su parte, en sede de tutela corresponde en principio, establecer si en el caso concreto, a una persona le ha sido desconocido un derecho subjetivo de acceso a un cargo público determinado. En tales juicios, *prima facie* no resulta suficiente la norma constitucional, sino que ésta ha de ser completada por disposiciones legales relativas al cumplimiento de condiciones para el acceso al cargo y su permanencia.

Igualmente la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que

⁴⁰ «[24] Sentencia SU-441 de 2001».

han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo⁴¹, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos⁴², (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos⁴³, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen (sic) un cargo público⁴⁴. (Se subraya).

- vi) Los principios *pro homine* e *indubio pro operario*, acogidos amplia y reiteradamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, refuerzan, en este caso, la conclusión a la que se ha llegado, pues implican, por una parte, que la interpretación de una norma jurídica, de cualquier clase o nivel, debe hacerse de la forma en la que mejor proteja y desarrolle los derechos constitucionales fundamentales de las personas y, en general, los derechos humanos (principio *pro homine*); y, por otra parte, que cualquier duda razonable y objetivamente válida en la interpretación de una norma que regule o tenga efectos sobre los derechos fundamentales de los trabajadores, debe resolverse a su favor (principio *in dubio pro operario*).

Sobre este último punto, no debe olvidarse que el doctor Rojas Ríos, como magistrado de la Corte Constitucional, es un servidor público remunerado del Estado colombiano, y que el derecho de acceso a los cargos públicos, que le fue protegido mediante la acción de tutela, se relaciona directamente con el ingreso y la permanencia en el respectivo cargo público, durante el tiempo prescrito por la Constitución y la ley. En consecuencia, este derecho tiene, en casos como el que nos ocupa, repercusiones evidentes de tipo laboral, por lo que resultan aplicables, también, los principios y criterios definidos jurisprudencialmente para la defensa y garantía de los derechos de los trabajadores.

Todo lo anterior permite concluir que, al dejarse judicialmente sin efectos la sentencia que declaró la nulidad de la elección del doctor Alberto Rojas Ríos, como magistrado de la Corte Constitucional, y ordenarse su reintegro al cargo, por el resto del periodo individual para el que fue elegido, debe adicionarse, a partir de la fecha en que dicho funcionario se reintegró efectivamente al cargo, el tiempo (medido en años, meses y días) que le faltaba para completar su periodo, el día en que debió abandonar su posición, en cumplimiento de la referida sentencia de nulidad.

⁴¹ «[25] Sentencia T-309 de 1993».

⁴² «[26] Sentencia T-313 de 2006».

⁴³ «[27] Sentencia T-451 de 2001».

⁴⁴ «[28] Sentencia SU-441 de 2001».

Esto equivale a suspender la contabilización de dicho periodo, durante el tiempo en que el magistrado Rojas Ríos estuvo por fuera de su cargo.

La consecuencia principal de la suspensión es que no se compute el término en que el periodo se encontró detenido. Si bien la fecha de terminación del periodo se desplaza cronológicamente el mismo no se modifica, pues siguen siendo los mismos ocho (8) años previstos en la Constitución Política para el desempeño o ejercicio del cargo de magistrado de la Corte Constitucional y para el cual fue elegido el magistrado Rojas Ríos.

En atención a las consideraciones anteriores, la Sala de Consulta y Servicio Civil

III. RESPONDE:

Al haberse dejado sin efectos la providencia del veinticinco (25) de junio de 2014, que había anulado la elección del doctor Alberto Rojas Ríos como Magistrado de la Corte Constitucional, ¿El reintegro al cargo ordenado mediante Sentencia de amparo constitucional del once (11) de mayo de 2015, por el resto del período para el cual resultó (sic) elegido, debe entenderse por el tiempo faltante de su período individual constitucional de ocho (8) años, el cual se vio interrumpido por disposición de la mencionada sentencia de nulidad o por el tiempo que corre desde la sentencia de tutela que dejó sin efectos la declaración de nulidad y ordenó el reintegro (cumplido el quince [15] de mayo de 2015), hasta la fecha límite inicialmente prevista para [la] terminación de su período, dos (2) de mayo de 2021?, resaltando que en este último escenario su período individual constitucional quedaría reducido a siete (7) años, dos (2) meses y diez (10) días.

De acuerdo con lo ordenado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el fallo de tutela del 11 de mayo de 2015, que fue confirmado por la Corte Constitucional, y en atención a las consideraciones efectuadas en este concepto, debe entenderse que el período individual de ocho años para el que fue elegido el doctor Alberto Rojas Ríos, como magistrado de la Corte Constitucional, se *suspende* entre el día en que debió dejar el ejercicio del cargo, en cumplimiento de la sentencia de nulidad electoral del 25 de junio de 2014, dictada por la Sección Quinta de esta corporación, y la fecha en la que se reintegró efectivamente a su posición, en virtud de la referida decisión de tutela, expedida por la Sección Segunda.

Lo anterior significa que, a partir del día en que se reincorporó a sus funciones, debe sumarse el tiempo que le faltaba (medido en años, meses o días) para

completar efectivamente su periodo individual de ocho años, por el que fue elegido.

Remítase al ministro de Justicia y del Derecho y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala