

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE DECISIÓN PENAL DE TUTELAS N° 2

Magistrado Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado Acta No. 360.

Bogotá, D.C., noviembre cuatro (4) de dos mil diez (2010).

VISTOS:

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2010 por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, a través de la cual amparó los derechos fundamentales invocados por Adriana Restrepo Restrepo.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN:

1. Señala la actora que se inscribió en el concurso para la provisión de cargos convocado por la Fiscalía General de la Nación.
2. Luego de superar las diferentes pruebas y etapas del concurso mediante Acuerdo 007 del 24 de noviembre de 2008 se aprobó el registro de elegibles, el cual fue modificado por el Acuerdo 032 de 2009 y aclarado con el Acuerdo 001 de 2010.
3. Teniendo como fundamento que aparece ubicada en el puesto ciento seis (106) posición ciento treinta y cuatro (134) en el registro definitivo de elegibles a nivel nacional para ocupar el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito Judicial, Adriana

Restrepo Restrepo acude directamente al juez de tutela en busca de protección para los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, moralidad y transparencia, que considera vulnerados en tanto no ha sido nombrada en el referido empleo.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN:

1. El Tribunal competente admitió la demanda de tutela el 7 de septiembre de 2010 y ordenó vincular a la Fiscalía General de la Nación y la Comisión Nacional de la Administración de la Carrera en la Fiscalía, autoridades accionadas.
2. La entidad referenciada a través del Jefe de la Oficina Jurídica se opuso de las pretensiones de la accionante, efectos para los cuales señaló que continuará en el proceso de depuración de registro de elegibles para proveer cargos del área de Fiscalías, en estricto orden de méritos de conformidad con lo señalado en los artículos 67 y 68 de la Ley 938 de 2004 y en cumplimiento a las decisiones judiciales que han ordenado continuar con los nombramientos en período de prueba hasta agotar la lista de elegibles.

Además, agregó que hay que tener en cuenta que la actora ocupa el lugar número 134, que si bien, está dentro del rango de elegibles, hace que no se pueda realizar su nombramiento de manera inmediata, por encima de aquellos participantes que se encuentran por delante en el registro de elegibles.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín resolvió conceder el amparo solicitado y ordenó al Fiscal General de la Nación que en un plazo de 48 horas siguientes a la notificación de la decisión proceda a retomar el proceso de designación de los cargos a que hace referencia la convocatoria 004 de 2007 con el registro de elegibles, donde figura Adriana Restrepo Restrepo, en el cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito Judicial.

Para lo anterior se apoyó en la mora injustificada de la entidad demandada para su nombramiento, por lo que, señaló que la Fiscalía deberá proseguir con la lista de forma descendente hasta llegar a la ciudadana, incluso después de la fecha de vigencia del concurso en tanto el derecho le asiste y fue reclamado oportunamente.

LA IMPUGNACIÓN:

El Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación recurrió la decisión del Tribunal, pero se abstuvo de señalar las razones de su inconformidad, circunstancia que en aplicación del principio de informalidad que caracteriza la acción de tutela no es óbice para que la Sala tome la decisión que corresponda.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

2. Toda persona que resulte afectada por medio de los actos administrativos proferidos por autoridades públicas está facultada para acudir ante los jueces administrativos, a través de las diferentes acciones legales que establece el ordenamiento jurídico, con el propósito de corregir los yerros cometidos y para se respeten los derechos lesionados.

3. Es indiscutible que la demanda de tutela está dirigida a que por vía de este excepcional mecanismo de protección, se produzca un acto administrativo a través del cual se designe a una persona que ha participado en un concurso público convocado para la provisión de cargos de carrera y en propiedad en la Fiscalía General de la Nación.

4. De conformidad con el inciso 4° del artículo 86 de la [Constitución Política](#), la acción de tutela

“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 el mismo sentido, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, dispuso que

“La acción de tutela no procederá (...) Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

5. En virtud de las disposiciones indicadas, esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela se funda en el principio de subsidiariedad, es decir, por regla general, la solicitud de amparo sólo procede cuando el accionante haya agotado oportunamente todos y cada uno de los recursos o medios de defensa judiciales previstos por el legislador para obtener la protección de los derechos presuntamente vulnerados.

6. Habiéndose establecido que Adriana Restrepo Restrepo no acudió ante la autoridad pública de quien reclama un pronunciamiento y que lo resuelto por ésta puede ser sometido a los recursos propios de la vía gubernativa y las posteriores acciones judiciales, lo expuesto en precedencia le sirve a la Sala para afirmar que la pretensión

elevada por el libelista resulta improcedente al existir procedimientos normales expeditos para proteger los derechos fundamentales que dice le están siendo vulnerados por las entidades accionadas, circunstancia que elimina la viabilidad de la acción de tutela puesto que ésta sólo puede ser utilizada, como ya se dijo, ante la carencia de mecanismos ordinarios.

7. Teniendo en cuenta que la pretensión de la aquí accionante tiene que ver con un proceso administrativo que debe culminar con la expedición de actos de nombramiento de las personas que cumplieron satisfactoriamente todas las etapas del concurso, y que para ello se debe tener en cuenta la ubicación del accionante dentro de la lista de elegibles y los cargos vacantes, en el evento en que se le desconozca su lugar en el concurso y no se le designe podrá acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho¹, con la que se protegen de manera inmediata los derechos afectados.

En ejercicio de tales acciones además se tiene la posibilidad de reclamar la suspensión provisional del acto administrativo conforme a lo previsto en el artículo 152 del C.C.A., subrogado por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989, cuando éste se opone manifiestamente a la Constitución o a la ley, causa agravio injustificado a una persona o es contrario al interés público o social, constituyéndose así en medio idóneo para controvertir el pronunciamiento que dice atenta contra sus derechos fundamentales.

8. En asunto semejante al que ahora ocupa la atención de la Sala se dijo que

“Previo a la provisión de los cargos de carrera es necesario resolver todos los asuntos relacionados con los empates en los puntajes finales, ajustes de planta de personal, verificar la sede en la cual cada concursante prefiere el nombramiento y el número de vacantes, conforme con los criterios definidos por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación en el Acuerdo No. 0001 de 2006.

Así las cosas, no basta la publicación del Registro de Elegibles, sino agotar todas las situaciones administrativas que se puedan presentar, a efecto de respetar el orden descendente del puntaje obtenido por cada uno de los aspirantes que lo conforman, procedimientos que si bien deben desarrollarse dentro de un término razonable tal como lo expone el accionante, no puede desconocer la magnitud de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, el número de aspirantes que al igual que él superaron las etapas del concurso y las vacantes a proveer en todo el país.

De otra parte, de importancia señalar que el actor antes que acudir a este mecanismo de protección subsidiario y residual, debió hacerlo directamente a la Fiscalía General de la Nación por conducto de la Comisión Nacional de Administración de Carrera y exponer argumentos similares a los condensados en la solicitud de amparo y en la impugnación puesto que, mal puede pretender del Juez Constitucional el reconocimiento de un derecho que ni siquiera ha invocado de manera expresa y concreta ante la administración, máxime cuando no acreditó estar frente a una situación de perjuicio irremediable o frente a un real trato discriminatorio con otro u otros aspirantes que, eventualmente, tornara forzoso el estudio de las garantías invocadas como mecanismo transitorio y el Proyecto de Acto Legislativo para adicionar el artículo 125 de la Carta Política, aún en trámite, de acuerdo con su texto, no afecta el concurso en el cual participó el actor²

.

9. Lo expuesto pone de presente que en el sub examine no se cumplen los requisitos de procedencia de la acción de tutela, porque lejos está de ser concebida como un procedimiento alternativo de los medios judiciales que la ley establece para la protección de los derechos fundamentales, razón por la cual se revocará el fallo del Tribunal a quo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión Penal de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1°. REVOCAR la decisión proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 20 de septiembre de 2010. Como consecuencia de lo anterior declarar IMPROCEDENTE el amparo demandando. Y,

2°. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:

Impedido

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Artículo 85 Código Contencioso Administrativo.

2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas N° 2, Sent. T-40770 del 16 de marzo de 2009.