

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

STP11092-2018

Radicación n° 99839

Acta 280.

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Decide la Corte la impugnación presentada por la ciudadana MARTHA CECILIA DALLOZ SUAREZ, frente al fallo proferido el 16 de julio de 2018, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que negó la acción de tutela interpuesta contra la Procuraduría General de la Nación, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a cargos públicos.

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron relatados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, de la forma como sigue:

De la demanda y sus anexos se advierte que Martha Cecilia Dalloz se inscribió a la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de la Procuraduría General de la Nación reglamentado mediante la Resolución No. 040 de 2015, según el cual fueron ofertados 744 cargos de los cuales 317 son para Procuradores Judiciales I y 427 para

Procuradores Judiciales II, distribuidos a nivel nacional.

Mediante Resolución No. 358 del 12 de julio de 2016 se publicó la lista de elegibles para la dependencia “Procuraduría Delegada para Asuntos Penales” con un número total de 208 empleos donde la accionante ocupó el puesto 227 con un puntaje de 75,26.

La accionante ha solicitado de la Procuraduría General de la Nación su nombramiento como procuradora, sin embargo, solo ha recibido respuesta negativas a sus peticiones, pues se le ha informado que de los 208 cargos, 202 fueron provistos por integrantes de la lista; otras 6 personas que se encuentran en provisionalidad, no fueron nombrados de la Resolución de elegibles, sino en cumplimiento de órdenes judiciales que ampararon el derecho fundamental a la estabilidad reforzada.

La demandante refiere que dichas afirmaciones no son ciertas, pues 12 personas de la lista fueron nombradas como Procuradores Judiciales II para apoyo a víctimas -I renunció a su nombramiento- (sic), cargo que no hizo parte de la convocatoria 004 de 2015, pero además que desde el punto de vista del manual de funciones están separados de los requisitos y funciones para el Ministerio Público delegado en asuntos penales, por lo que no pueden contarse dentro de los 208 cargos ofertados.

En consecuencia, colige que la entidad accionada de los 202 cargos que dice haber provisto con nombres de la lista, solo ha nombrado 190 cargos para la “Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales”, aunado a que el último cargo provisto fue el del puesto No. 216, según respuesta de la entidad a solicitud formulada.

En ese orden pide que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso y a ser nombrada, dado que solo se han provisto 190 cargos de la lista de elegibles, el último concursante que fuera llamado ocupaba el puesto 216, por lo que faltan aún 12 cargos por nombrar, motivo por el cual luego de aplicar las matemáticas básicas tendría derecho a que se procediera a su nombramiento¹.

SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá negó el amparo al considerar que la Procuraduría General de la Nación no ha vulnerado ningún derecho de la ciudadana Martha Cecilia Dalloz, dado que se encuentra demostrado que para el cargo ofertado o idéntico (sic), como es el de Procurador Judicial II Apoyo a Víctimas, se limitó al orden del mérito establecido en la Resolución 357 del 8 de julio de 2016.

Destacó, que “la actora no tuvo en cuenta que la designación que pretende por vía de tutela, depende de la disponibilidad de cargos y ello, a su vez, de otros factores no imputables a la entidad, es decir, al agotamiento de las personas que ocuparon puestos mejores, en estricto orden de descendencia, etc.”.

Igualmente, sostuvo que, “la demandante solo contaba con una expectativa para ser nombrada, en el cargo ofertado de acuerdo con la posición -227- que ocupó dentro de la lista de elegibles para solo 208 cargos, condición de la que tenía pleno conocimiento”; y que dicha expectativa feneció, porque la Resolución 357 de 2016, venció el 10 de julio del año en curso, acorde con el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, es decir, cuando la tutela se encontraba en trámite.

ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La accionante centró su inconformismo con el fallo de primera instancia, en los siguientes aspectos:

- (i) En ningún momento se alegó la ilegalidad de los actos administrativos expedidos por la Procuraduría General de la Nación –Resoluciones 040 de 2015 y 358 del 12 de julio de 2016-.
- (ii) Se demostró la omisión de su nombramiento, a pesar de que existían 11 cargos

vacantes.

(iii) Se nombraron 11 Procuradores Judiciales II de Apoyo a Víctimas, cargos diferentes a los que fueron objeto de la convocatoria 004 de 2015.

(iv) La lista de elegibles se encuentra suspendida transitoriamente, en virtud del auto interlocutorio No. 2018-07-0419 del 6 de julio de 2018, emitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, subsección B, y no como equivocadamente lo destaca el Tribunal en el fallo impugnado al señalar que aquella ya feneció.

(v) La Procuraduría General de la Nación proveyó 190 cargos de los ofertados en la convocatoria 004 de 2015, y no 202 como lo expuso en las respuestas ofrecidas a los derechos de petición que radicó para que fuese nombrada, es decir, restan 11 cargos, uno de los cuales puede ser el suyo.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el canon 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente la Corte para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en tanto lo es en relación con la sentencia de tutela adoptada en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, cuyo superior funcional lo es esta Corporación.

2. La [Constitución Política](#), en el artículo 86, estableció la tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual que tiene por objeto la protección de manera efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, ante su vulneración o amenaza, proveniente de la acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o de los particulares, en los casos que la ley regula, siempre que el interesado no cuente con otros medios de defensa judicial.

De su naturaleza se infiere que cuando el ordenamiento jurídico establece otro mecanismo

judicial efectivo de protección, el interesado debe acreditar que acudió en forma oportuna a aquél para ventilar ante el juez ordinario la posible violación de sus derechos fundamentales.

Por lo tanto, se constituye en presupuesto de procedibilidad, el agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial².

3. En el presente caso, la Sala estima que la accionante escogió el derrotero equivocado al elegir la tutela para censurar los nombramientos efectuados en la Procuraduría General de la Nación, con ocasión a la convocatoria 004 de 2015, destinada a proveer los cargos de procurador Judicial I y II, en carrera judicial.

Si bien la abogada DALLOZ SUÁREZ, manifiesta que centra la impugnación no en las resoluciones emitidas para cumplir con la designación de quienes figuran en la lista de elegibles, sino en el acto por medio del cual la Procuraduría General de la Nación realizó 11 nombramientos en cargos de “Procuradores Judiciales II Apoyo de Víctimas”, los cuales no se equiparan a los que fueron objeto de la convocatoria “Procuradores Judiciales I y II”, lo cierto es que los argumentos que fundan el reclamo constitucional deben ser expuestos ante el juez natural del proceso, como es la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

4. Para la Sala, es allí donde legal y constitucionalmente se puede debatir su tesis de que los 11 cargos designados como “Procuradores Judiciales II Apoyo de Víctimas” no hacen parte de aquellos ofertados en la convocatoria y, por ende, se debe continuar con el orden de nombramientos de la lista de la cual hace parte. Tanto más cuanto ésta se encuentra suspendida con ocasión a la orden impartida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tal como lo refirió en los argumentos de impugnación.

5. Por esa vía, es el juez de lo contencioso administrativo, quien previa demanda, podrá decretar la nulidad de los actos administrativos contrarios al plexo de garantías fijadas en la convocatoria 004 de 2015, con la posibilidad de solicitar, además, la suspensión provisional

de aquellos que no forman parte del proceso selectivo; ello, porque no es de recibo que, so pretexto de la violación de derechos fundamentales, se intente trasladar una discusión propia de la jurisdicción contenciosa, para que sea desatada por la vía constitucional.

6. Así las cosas, la Corte encuentra que no es de su competencia considerar las inconformidades planteadas por la impugnante, pues ello sería tanto como entrar a dirimir el fondo de la controversia y asumir funciones que no le están permitidas al juez de tutela, frente a la legalidad de los nombramientos efectuados por la entidad demandada.

7. Lo anterior se encuentra soportado en el contenido del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que en su numeral 1° estableció como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia «de otros recursos o medios de defensa judiciales», salvo que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable³, el cual no se vislumbra en este asunto.

Sobre la suspensión provisional, la Corte Constitucional en sentencia CC SU-355/15, señaló:

La Ley 1437 de 2011 estableció en su artículo 231 una regulación diferente en materia de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo. Según esa norma podrá tomarse tal decisión cuando (i) se fundamente en la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en un escrito separado y (ii) cuando dicha infracción surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Prescribe además que (iii) si se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios es necesario que el solicitante pruebe, al menos sumariamente, su existencia.

En adición a lo anterior, la ley fijó un procedimiento claro con términos específicos para darle trámite a la solicitud de suspensión provisional –en tanto medida cautelar– (art. 233), así como una autorización especial para que la autoridad judicial, destaca la Corte, pueda

acoger medidas cautelares de urgencia (art. 234) sin necesidad de agotar el trámite que como regla general se prescribe.

Es claro a partir de la nueva regulación que el acentuado rigor que gobernaba la procedencia de la suspensión provisional en vigencia del anterior Código -al exigirse no solo el planteamiento de la solicitud antes de ser admitida la demanda sino también la constatación de una manifiesta y directa infracción de las normas invocadas-, fue modificado sustancialmente al prescribirse ahora que podrá solicitarse en cualquier momento y que podrá prosperar cuando la violación “surja del análisis del acto demandado” y su confrontación -no directa- con las disposiciones invocadas. Que la violación justificatoria de la suspensión provisional pueda determinarse a partir del “análisis”, indica que la autoridad judicial tiene la competencia para emprender un examen detenido de la situación planteada, identificando todos los elementos relevantes para determinar si ocurrió una infracción normativa. No basta con una aproximación prima facie para afirmar o descartar la vulneración, en tanto el juez debe evaluar con detalle la situación y a partir de ello motivar adecuadamente su determinación.

La mencionada medida precisamente está contemplada para contener el perjuicio inmediato que se pueda presentar con ocasión de la decisión y, por ello, descarta la viabilidad de la demanda constitucional, incluso, como mecanismo de protección transitorio, al guardar identidad en los efectos que se pretenden soportar.

8. En esa dirección, ante la existencia de otros medios normales expeditos para reclamar la protección de los derechos consignados en el libelo, la tutela no debió negarse, como lo hizo el Tribunal Superior de Bogotá, sino que tenía que declararse improcedente por incumplimiento al postulado de subsidiariedad.

En el anterior contexto, se modificará el fallo impugnado, con el fin de declarar improcedente la presente acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas N° 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el fallo impugnado, y en su lugar DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por la abogada MARTHA CECILIA DALLOZ SUAREZ, con fundamento en las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Folios 183 a 193, cuaderno del Tribunal.

2 Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 del 8 de junio de 2005 y T-332 del 4 de mayo de 2006. CSJ STP Rad. No. 31.781, 32.327, 36.728, 38.650, 40.408, 41.642, 41.805, 49, 752, 50.399, 50.765, 53.544, 54.762, 57.583, 59.354, 60.917, 61.515, 62.691, 63.252, 64.107, 65.086, 66.996, 67.145, 68.727, 69.938 y

70.488.

3 Sentencia T226/07 de la Corte Constitucional (...)Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.