

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP4235-2018

Radicación No 97352

(Aprobado Acta No.97)

Bogotá, D.C., veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

La Sala decide la impugnación interpuesta por DORIS JOHANNA SOLER CASTRO, contra el fallo proferido el 08 de febrero de 2018, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual denegó el amparo de los derechos fundamentales invocados, supuestamente vulnerados por la Sala Administrativa del Consejo Superior y Consejo Seccional, ambos de la judicatura, la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial. Trámite al cual se ordenó vincular oficiosamente a los terceros interesados.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Así fueron sintetizados en el fallo constitucional de primera instancia:

Indica la accionante que se encuentra inscrita en el concurso No. 2 de la convocatoria SACUNA 10-15 y 10-16 del 5 y 26 de mayo de 2010 respectivamente, mediante el cual se convocó a concurso de méritos destinado a la conformación del registro de elegibles para los cargos de carrera del Consejo Seccional de la Judicatura y de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial.

Afirma que fue admitida con resolución SACUNA 10594 de 6 de agosto de 2010, para los cargos de Asistente administrativo grado 6 y auxiliar administrativo grado 3; superó la prueba de conocimientos y cumplió con la entrevista. Mediante resolución CSBTR 15- 111 de 27 de mayo de 2015 fue excluida del mismo, acto administrativo del que dice no se dio publicación oportuna en la página web, lo que impidió que interpusiera los recursos de ley.

Con resolución CSJBTR 17 - 263, afirma, la lista de elegibles, y el 2 de octubre de 2017 diligenció formato de opción sede, posteriormente se divulgaron nuevas listas en las que ocupó el primer puesto acceder a un empleo de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial. Al acudir a esta última entidad, le comunicaron que el nombramiento solo se haría hasta mayo de 2018.

Por lo anterior, solicita se tutelen sus derechos fundamentales pues se encuentra inscrita en el RUV (Registro Único de Víctimas), no tiene trabajo estable, vive en arriendo junto a sus padres que cuentan con 73 y 53 años de edad.¹

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá denegó el amparo deprecado, debido a que considera que no es posible ordenar un nombramiento de forma inmediata, es decir, alterar el orden de la lista de elegibles, por cuanto el nominador tiene la obligación de designar a quien se encuentre en el primer lugar de la lista elegibles y así continuar, el nombramiento de los que se encuentren en estricto orden descendente, pues ello garantiza no solo la continuidad en la función y la garantía de su prestación efectiva,

sino el respeto de los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias, cuyas reglas eran previamente conocidas y aceptadas por los participantes, conjunto del que hace parte quien aquí activa la acción constitucional.

LA IMPUGNACIÓN

La accionante manifestó no estar de acuerdo con la anterior decisión sin sustentar las razones de su inconformidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De conformidad con lo establecido en el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la impugnación interpuesta contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

2. El carácter subsidiario de la acción de tutela respecto de actos administrativos

2.1. Para resolver el asunto la Sala debe reiterar que la acción de tutela, como mecanismo de protección y defensa de los derechos fundamentales es, en virtud del artículo 86 de la Carta Política de Colombia, de orden subsidiario y residual,² lo que significa que su procedibilidad depende de la inexistencia de otros medios idóneos de defensa judicial al alcance de quien demanda.

Sin embargo, puede ocurrir, y así lo ha dicho la Corte Constitucional, que a pesar de que los interesados cuenten con los medios ordinarios para defender sus derechos concretos, ninguno de estos mecanismos actúen de manera efectiva y eficiente. Es precisamente en

dichos casos, que el juez de tutela debe hacer un examen razonable y ponderado en cuanto a la validez y efectividad del medio judicial alternativo. Este dinamismo judicial permite, en un Estado Social de Derecho, asegurar la vigencia de un orden justo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la [Constitución Política](#).³

Con todo, no se puede olvidar que la eficacia de los medios de defensa ordinarios, no necesariamente depende de la velocidad con la cual se resuelve un asunto, pues con este parámetro todas las demás acciones instituidas en el ordenamiento jurídico, con excepción del hábeas corpus, serían ineficaces y por lo mismo, ningún sentido tendrían los otros medios de defensa -consecuencia contraria a la esencia y teleología de la acción constitucional-.

2.2. La Ley 1437 de 2011 introdujo cambios significativos al procedimiento administrativo que, según la jurisprudencia constitucional, resultan relevantes para el examen de subsidiariedad de la acción de tutela contra actos administrativos. Así, una de las modificaciones más importantes es la relativa a las medidas cautelares. El artículo 230 establece que las mismas pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. Con fundamento en ello, el juez puede adoptar, según las necesidades lo requieran, una o varias de las siguientes medidas: (i) mantener una situación o restablecerla al estado en que se encontraba antes de la conducta que causó la vulneración o la amenaza; (ii) suspender un procedimiento o una actuación de cualquier naturaleza, incluso contractual; (iii) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; (iv) ordenar la adopción de una decisión por parte de la administración o la realización o demolición de una obra; y (v) impartir órdenes o imponer obligaciones de hacer o no hacer a cualquiera de las partes en el proceso correspondiente.⁴

La suspensión provisional procede por la violación a las normas invocadas en la demanda o en la solicitud que en escrito separado se formule, siempre y cuando la infracción surja del análisis del acto administrativo que se demanda y su confrontación con las normas

superiores invocadas o del estudio de las pruebas aportadas con la solicitud.

La oportunidad para decretar las medidas cautelares tiene una regulación particular, dependiendo de que se traten de medidas ordinarias o de urgencia. Respecto de las primeras se dispone que podrán ser adoptadas antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso. Frente a las medidas cautelares de urgencia, el Código prevé que desde el momento en que se presente una solicitud en ese sentido y sin necesidad de notificar previamente a la otra parte, la autoridad judicial puede adoptar una medida cautelar cuando verificadas las condiciones generales previstas para su adopción, evidencia que por la urgencia que se presente no puede agotarse el trámite previsto.⁵

Tales circunstancias, sostiene la Corte Constitucional, inciden sustancialmente en la forma en la que debe ser apreciada la procedencia de la acción de tutela en cada caso particular, si se considera que para que ésta sea viable es necesario que los medios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas cuestionadas.⁶

Análisis del caso concreto

1. De los medios de convicción que obran en el expediente se extrae que la accionante solicitó el nombramiento, en propiedad, como Auxiliar Administrativo Grado 3 del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá.

2. En este asunto no es procedente el mecanismo de protección contemplado en el artículo 86 de la Constitución Política para imponer el nombramiento en propiedad de manera inmediata de la accionante.

Es así que la hoy accionante, podrá controvertir dicha negativa en caso de que así se dé y lo estime pertinente, ante la jurisdicción contencioso administrativa, conforme los instrumentos de control establecidos para tal fin.

De modo que DORIS JOHANNA SOLER CASTRO cuenta con un medio judicial no solo idóneo sino también temporalmente eficaz para debatir la posible violación de sus derechos, previsto en la Ley 1437 de 2011 que permite al juez natural adelantar un control pleno e integral orientado a la protección de los derechos fundamentales. Procedimiento con etapas instituidas para que las partes ejerzan amplia y debidamente sus derechos de contradicción y defensa, garantías que evidentemente se ven cercenadas en el trámite del proceso de tutela debido a la brevedad e informalidad que lo caracteriza.

2.1. Aunque para la Sala es comprensible la inconformidad de la peticionaria, lo cierto es que no se advierte una situación que tenga la entidad suficiente para que se adopten determinaciones en sede constitucional.

De los elementos de juicio allegados no se advierte, prima facie, que la determinación de no acceder al nombramiento de forma inmediata de la accionante vulnere sus prerrogativas fundamentales.

3. Corolario, tampoco se avizora la estructuración de un perjuicio irremediable que conduzca a la prosperidad del mecanismo de amparo constitucional de manera transitoria, pues, no se verificó la existencia de una situación apremiante y grave que requiera medidas urgentes e impostergables para su solución.

4. Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, no existe mérito para acceder a la protección constitucional deprecada, dada la existencia de otros mecanismos de defensa judicial y en atención a que no se avizora la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable. En consecuencia, será confirmada la sentencia de primera instancia.

La alternativa de acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, impide al juez de tutela intervenir en el asunto objeto del sub júdice, según lo ha dicho la jurisprudencia constitucional:

En términos normativos y de la jurisprudencia, la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, para lograr la protección del derecho presuntamente amenazado.

(...) De otro lado, en el presente asunto no se configura el perjuicio irremediable, porque (...) el peticionario podría obtener la suspensión provisional de los actos censurados sin perjuicio de la eventual nulidad. De tal forma, resulta improcedente conceder el amparo, al haberse podido acudir a otro mecanismo de defensa judicial considerado eficaz para reclamar ante la jurisdicción especializada, como lo ha reiterado esta corporación:

(...) la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, sin que sea dable compartir los criterios expuestos a lo largo del líbello, en el sentido de admitir la viabilidad de la tutela y su mayor eficacia, por razones de tiempo, frente a la demora de los procesos ordinarios, pues ello daría lugar a la extinción de estos, si se pudiere escoger alternativamente y por esa circunstancia, entre el juez de tutela y el juez ordinario para la definición apremiante de los derechos reclamados, lo que desde luego desnaturaliza la verdadera finalidad constitucional encaminada a la protección de los mismos, previo el cumplimiento de los presupuestos requeridos.⁷

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 3, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1º CONFIRMAR el fallo impugnado.

2º NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3º REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Fls.178-179

2 Ver también sentencias: T- 1277 de 2005, T-771 de 2004, T-408 de 2002, T-432 de 2002, SU-646 de 1999 y T-007 de 1992.

3 Ver entre otros: sentencia T-1277 de 2005, T- 771 de 2004, T- 408 de 2002, T-432 de 2002 y SU- 646 de 1999.

4 Sentencia SU-355 de 2015.

5 Ibídem.

6 Ibidem.

7 Sentencia T-766 de 2006.