

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

STP4917-2018

Radicación No.: 97788

Acta No. 120

Bogotá. D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación presentada por VÍCTOR JOSÉ ROJAS LANAÑO, contra el fallo proferido el 1º de marzo de 2018 por la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE SANTA MARTA, mediante el cual declaró improcedente la demanda de tutela formulada contra la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, la VICEFISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, y las DIRECCIONES SECCIONALES DE FISCALÍAS DE MAGDALENA y CHOCÓ, por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron resumidos por el Tribunal a quo de la siguiente manera:

Refiere el actor, que el día 23 de noviembre de 2017, -en razón a la Comunicación No. 2567 del 03 de noviembre de 2017, en el que se le comunicaba que mediante acto administrativo de fecha 09 de agosto de 2017, había sido trasladado hacía la Seccional Chocó departamento del Quibdó-, radicó ante la Fiscalía General de la Nación, solicitud de

reubicación laboral esbozando como fundamento de la misma, su delicado estado de salud así como el de su señora madre LIDA LICELIS LANA O MÁRQUEZ.

Sostuvo que cuenta con 61 años de edad y padece de trastorno de ansiedad, síndrome de colon irritable e hipoacusia neurosensorial; en tanto que, su señora madre, quien en la actualidad cuenta con 86 años de edad, presenta serias dificultades de movilidad de acuerdo con certificado médico expedido por la especialista en Fisiatría.

En razón a lo expuesto, estimó que realizar un viaje tan extenso les acarrearía graves afectaciones en sus condiciones endeble de salud, por lo que estima que, no se les puede obligar a lo imposible y someterlo en razón de su cargo, a un traslado sin que medien las condiciones idóneas dirigidas a que no se desmejore su bienestar.

Aseguró con fundamento en su situación particular, que la Fiscalía ha omitido dar cumplimiento a las previsiones contenidas en el artículo 54 Superior, según la cual el Estado debe propiciar por la ubicación laboral de las personas en edad productiva y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta declaró improcedente la demanda de tutela formulada por VÍCTOR JOSÉ ROJAS LANA O. Consideró que en el caso concreto se configuraba una actuación temeraria, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, toda vez que, con anterioridad, el nombrado accionante presentó una demanda de tutela por los mismos hechos y pretensiones, la cual fue fallada mediante providencias del 15 de septiembre y 26 de octubre de 2017 por la Sala Civil de esa misma Corporación y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Además, agregó, reiterada esa misma solicitud de amparo constitucional ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta, mediante decisión del 17 de noviembre de

2017 esa Colegiatura «decretó el fenómeno de la cosa juzgada».

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el pronunciamiento anterior, ROJAS LANA O lo impugnó. Argumentó que, erróneamente, bajo la figura de la «tutela temeraria», la Sala a quo omitió pronunciarse sobre los hechos que fundamentaron la solicitud de amparo, toda vez que, la primera tutela que interpuso ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, le fue negada por improcedente, mediante sentencia del 15 de septiembre de 2017.

Además, señaló, el motivo de la segunda demanda de tutela presentada ante la Sala Penal de ese Tribunal, es disímil a la anterior, por cuanto a través de esta última censuró que la Vicefiscalía General de la Nación no había emitido pronunciamiento alguno sobre los recursos de reposición y apelación que interpuso contra la Resolución No. 1-406 del 9 de agosto de 2017.

Por tanto, solicitó que se revoque el fallo impugnado, y en su lugar, se acceda a las pretensiones invocadas en el escrito de demanda inicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, 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 Santa Marta.

2. La tutela es un instrumento jurídico previsto para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares. Por su carácter residual sólo procede cuando el afectado no

disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3. En el presente asunto, VÍCTOR JOSÉ ROJAS LANA O solicita que amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, vida, y salud, entre otros, se ordene dejar sin efectos la Resolución No. 1-0406 del 9 de agosto de 2017, a través de la cual, la Fiscalía General de la Nación dispuso la reubicación del mencionado funcionario en la Seccional del Chocó.

3.1 Aclaración previa.

En contraposición a lo considerado por la primera instancia, observa la Corte que en el caso concreto no se presenta una actuación temeraria de parte del actor pues, aunque no se desconoce que dentro del proceso constitucional identificado con radicación No.

2017-00200, la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Marta y la Sala de Casación Civil de esta Corporación, en providencias del 15 de septiembre y 26 de octubre de 2017, se pronunciaron sobre otra demanda de tutela formulada por VÍCTOR JOSÉ ROJAS LANA O, con idénticas pretensiones a las que ahora invoca; el marco fáctico y las razones que fundamentan la nueva queja constitucional, comprenden situaciones disímiles, dada la existencia de un hecho novedoso.

Valga precisar, en lo que atañe a la primera solicitud de amparo, tanto la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Marta como la Sala de Casación Civil consideraron que la demanda era improcedente, por cuanto el actor censuraba una actuación administrativa en curso. En particular, la Homóloga Sala expresó:

La Sala acogerá los argumentos del Tribunal a quo porque, como el fundamento de la tutela formulada se circunscribe a dejar sin efectos la Resolución nº 1-0406 de 9 de agosto de 2017 mediante la cual la Fiscalía General de la Nación ordenó la reubicación del accionante en otra sede, y contra esa decisión el afectado interpuso los recursos de reposición y apelación

(f. 26, ib.), que se encuentran en trámite, surge diáfano el carácter anticipado del resguardo en la medida que, dada esa circunstancia, el preanotado acto administrativo aún no ha cobrado firmeza.

Ha sido criterio reiterado de esta Corporación que mientras dentro del asunto cuestionado los medios de impugnación planteados no se hayan resuelto, la intervención del juez constitucional resulta a todas luces impertinente, máxime que ello equivaldría a invadir injustificadamente la privativa competencia de los funcionarios encargados de definir los recursos, y además, convertiría la tutela en una instancia paralela y supletoria de la Administración, en este caso de la Fiscalía General de la Nación, tal como se pretende.

Así las cosas, el interesado deberá aguardar la conclusión del referido asunto, atendiendo la destacada naturaleza excepcional y subsidiaria de éste mecanismo constitucional. (...). (Destaca la Sala).

Ahora, el interesado interpone una nueva demanda de tutela por idénticos hechos y pretensiones. Sin embargo, revisados los elementos de convicción obrantes en el expediente se aprecia que existe un hecho novedoso que no fue contemplado al resolver la primera solicitud de amparo, toda vez que, mediante Resolución No. 0637 del 23 de octubre de 2017 se rechazó el recurso de reposición por falta de sustentación.

En esas condiciones, como no se acredita en este caso particular la existencia de una actuación temeraria, se procederá a resolver la alzada.

3.2. Análisis del caso concreto

3.2.1. Para el caso, resulta importante indicar que el artículo 86 de la [Constitución Política](#) 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, entonces, 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 constitucionales fundamentales.

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

3.2.2 De acuerdo a lo anterior, consultados los elementos de convicción aportados al expediente, observa la Sala que en este caso no se cumplen los requisitos de subsidiariedad y residualidad que rigen la acción de amparo pues, para debatir la legalidad de la Resolución No. 1-0406 del 9 de agosto de 2017 expedida por la Fiscal General de la Nación (E), es claro que el actor debe acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, escenario idóneo para exponer los argumentos de carácter legal y constitucional que avalan la tesis propuesta en su demanda. Ello, porque no es de recibo que so pretexto de la violación de derechos fundamentales se intente trasladar una discusión propia de la jurisdicción ordinaria, para que de manera inconsulta sea desatada por la vía constitucional.

Es que, sin duda alguna, la autoridad llamada a solucionar el problema planteado por el actor es el juez de lo contencioso administrativo, quien podrá anular la decisión adoptada por la mencionada entidad. Además, en el marco de ese trámite, VÍCTOR JOSÉ ROJAS LANA O cuenta con la posibilidad de solicitar la suspensión de la resolución censurada, actuación regulada en el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 y que en virtud del artículo 233 ejusdem, se puede resolver incluso desde la admisión de la demanda.

Ahora, esa 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.

Así las cosas, la Sala encuentra que no es de su competencia considerar las inconformidades planteadas en el amparo constitucional, pues ello sería tanto como conocer el fondo del asunto y asumir funciones que no le está permitido conocer frente a la legalidad de los cuestionados actos administrativos.

3.2.3. Entonces, al haberse desconocido el presupuesto de subsidiariedad, la acción de tutela resulta improcedente, tal. En consecuencia, lo adecuado será confirmar el fallo impugnado por las razones denotadas en precedencia.

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

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo de tutela impugnado, por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

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

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 Nuevo Código Contencioso Administrativo.

10