

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

STP6580-2018

Radicación n° 98235

Acta 156

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

ASUNTO

Procede la Corte a resolver la impugnación presentada por Jorge Alfonso Gómez Barrera, respecto del fallo proferido el 10 de abril del año en curso por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través del cual amparó el derecho fundamental al debido proceso administrativo, más no así el de igualdad, en la acción de tutela incoada contra la Fiscalía General de la Nación, trámite al que se dispuso la vinculación del Departamento de Personal y la Subdirección Nacional de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial.

1. ANTECEDENTES

Los hechos en que se sustenta la petición de amparo los compendió la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá así:

«El señor JORGE GÓMEZ manifiesta que se encuentra vinculado en carrera a la Fiscalía General de la Nación como Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados, conforme lo

acredita con la resolución No. 0020 del 12 de enero de 2011, mediante la que se ordenó su inscripción para ejercer el referido cargo.

Añade que el Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz, en uso de sus facultades constitucionales y legales, lo nombró como Magistrado Auxiliar de la Alta Corporación a través de resolución No. 085 del 8 de febrero de 2018; motivo por el cual, mediante solicitud radicada No. 20183100020233 del 14 de febrero de 2018, le pidió al Fiscal General de la Nación que le concediera comisión para desempeñar el cargo de libre nombramiento y remoción en otra entidad de la Rama Judicial, en virtud del artículo 33 del Decreto 021 de 2014.

No obstante lo anterior, con oficio No. 20/02/2018 Rad. 20183100011991 la Jefe del Departamento de Personal (E) de la entidad le informó que la solicitud no fue aprobada por las necesidades del servicio y las metas estratégicas que han sido trazadas.

Por ende, estima que la accionada le vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y la igualdad; situación que también afecta su estabilidad laboral reforzada, toda vez que negó la petición sin motivación alguna, no se tuvo en cuenta que su desempeño laboral evidencia una nota de calificación del 96.79, por lo que cumple con las exigencias del Decreto 021 de 2014 y además, a otros funcionarios en similar situación sí les fue concedida la comisión, como ocurre con la Dra. SANDRA JEANETTE CASTRO OSPINA, pese a que a esa funcionaria le corresponde directamente formular imputaciones, acusaciones e intervenir en los juicios.

Considera que se trata de una respuesta genérica y carente de argumentación, puesto que aun cuando la negativa se fundó en las necesidades del servicio no explicó por qué en su calidad de fiscal especializado, actualmente de apoyo en un despacho delegado ante la Corte Suprema de Justicia, es indispensable para el cumplimiento de las metas estratégicas; máxime, cuando al conceder la comisión la entidad puede encargar a otro funcionario para

que asuma sus funciones sin generar traumatismos en la prestación del servicio.

Entonces, cuestiona que así como el acto que confiere la comisión está motivado y suscrito por el Fiscal General de la Nación, el que niega la pretensión debe cumplir con iguales características y sin embargo, en su caso solo se dio respuesta con un oficio emanado del Departamento de Personal, en el que no se concede ningún término para impugnar; circunstancia que afecta sus derechos a la defensa y debido proceso.

Por consiguiente, solicita la protección de sus garantías fundamentales y pretende que se le ordene al Fiscal General de la Nación que mediante acto administrativo le conceda la comisión por el término de 3 años, a fin de poder ejercer el cargo de Magistrado Auxiliar del Tribunal de la Jurisdicción Especial para la Paz. De manera subsidiaria pide que la decisión desfavorable esté contenida en un acto administrativo motivado para contar con la posibilidad de interponer los recursos ordinarios de defensa judicial.

Como pruebas solicita tener en cuenta, entre otras, copia de la resolución No. 085 de 2018, la evaluación ordinaria anual y el oficio No. 2018310011991, y además, pide que la entidad accionada aporte copia de la resolución con la cual se concedió la comisión a la mencionada funcionaria»

2. EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, luego del estudio al libelo y la respuesta de la entidad accionada estableció que el oficio por medio del cual se dio respuesta a la solicitud de la comisión deprecada por Gómez Barrera, contenía irregularidades que afectaban su validez por cuanto (i) no se advierte si la decisión que allí se comunica fue adoptada por el departamento de personal o por otro funcionario, (ii) carece de motivación, y (iii) priva al demandante del derecho de defensa y contradicción, pues no se señala si la decisión era o no objeto de algún recurso.

Consecuencia de lo anterior otorgó el amparo del derecho al debido proceso administrativo y ordenó:

“a la Fiscalía General de la Nación, a través del funcionario competente que en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, resuelva a través de acto administrativo motivado y susceptible de recursos, la petición presentada por el ciudadano JORGE ALFONSO GÓMEZ BARRERA el 14 de febrero de 2018, tendiente a solicitar la comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción”

Respecto del derecho a la igualdad, estimó la Sala constitucional a quo, no contar con elementos de juicio que así lo demostraran.

3. DEL RECURSO INTERPUESTO

El accionante impugnó el fallo y en sustento de su disenso mediante memorial del 17 de abril argumentó que la respuesta otorgada por la vocera de la entidad accionada hizo aún más patente la vulneración del derecho a la igualdad, pues considera “No es posible que se aduzca por parte de la Entidad, como argumento para concederle comisión a la doctora Castro Ospina y negármela a mí, que eran distintas las necesidades del servicio, en razón a la carga laboral que estaba a mi cargo como fiscal de apoyo respecto de la carga laboral a cargo de ella como fiscal titular”

Frente a la Resolución 0037 del 12 de enero de 2018 aportada por la accionada en respuesta al libelo, censuró que (i) su motivación relaciona fundamentos similares a los expuestos por él en su solicitud, y (ii) No se tuvo en cuenta la calificación del año 2017 sino la del 2016.

Posteriormente con escrito del día 18 de abril último, formuló otro reproche a dicho acto administrativo, en cuanto a que en el mismo, se señala que el Fiscal General le concede la

comisión solicitada a Sandra Jeannette Castro Ospina, “con el ánimo de garantizar los principios de movilidad laboral y del mérito para acceder a cargos públicos”, sin que ninguna justificación jurídica exista para que dichos principios no fueran objeto de garantía frente a su petición.

Corolario de lo expuesto solicita que al desatar la impugnación formulada, se revoque el fallo de primera instancia y se conceda el amparo del derecho a la igualdad, ordenando a la entidad accionada se le conceda la comisión solicitada.

4. CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido por los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

2. Según lo precisa el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene la potestad de promover acción de tutela 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, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. Acorde con lo indicado, la interposición de la tutela se torna viable únicamente en la medida que se demuestre así sea de manera sumaria la real vulneración o amenaza de los derechos de orden superior, evento en el cual surge para el juez constitucional la obligación de adoptar las medidas que se consideren necesarias y urgentes para el pronto y cabal restablecimiento, de lo contrario la petición de amparo deviene improcedente.

4. Bajo ese contexto, advierte desde ya la Sala que en el asunto que concita su atención no obra elemento alguno dentro del expediente que haga ver un compromiso del derecho fundamental cuyo amparo se deprecia, por lo tanto no queda alternativa distinta que la confirmación del fallo de primera instancia.

4.1. En efecto, en el caso bajo estudio se tiene que el actor solicitó al Fiscal General de la Nación que le concediera una comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, como es el de Magistrado Auxiliar del Tribunal de la Jurisdicción Especial para la Paz, para el cual fue nombrado mediante resolución No. 085 de 2018.

Solicitud frente a la cual, conforme el libelo obtuvo una respuesta afectada de invalidez, dada su carencia de motivación e incertidumbre respecto de la posibilidad de impugnación, razón por la cual, válido resultó el amparo dispensado, para que la autoridad accionada profiriera un acto administrativo que además de resolver de fondo la solicitud, fuere motivado y susceptible de impugnación.

4.2. Revisado el plenario se advierte que la Fiscalía General de la Nación, profirió la Resolución No. 0-0425, del 17 de abril de 2018 “por la cual se cumple lo ordenado por el Tribunal Superior de Bogotá-Sala Penal en fallo de tutela de abril 10 de 2018” y que en lo fundamental resuelve sobre la solicitud de comisión deprecada por el demandante en el mismo sentido del oficio No. 201831001 1991 del 20 de febrero de 2018, es decir, negándola. Acto administrativo frente al cual advierte la Sala que su acápite considerativo, guarda identidad fáctica y legal con los argumentos expuestos en la respuesta al libelo allegado en el curso de la primera instancia del presente trámite constitucional.

Así, el disenso que se formula gira en torno al restablecimiento de la garantía del derecho a la igualdad que el demandante afirma vulnerado con la decisión de la autoridad accionada, y frente al cual no se aportó ningún documento nuevo que acredite siquiera sumariamente la urgencia de intervención del Juez constitucional en orden a dispensar el amparo que se

reclama.

5. Surge además como causal de improcedencia, el desconocimiento del carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, toda vez que previamente debe agotarse el procedimiento administrativo frente a la autoridad accionada, pues debe recordar el actor que contra la decisión adoptada por la Resolución No. 0-0425, del 17 de abril de 2018 proceden los recursos propios de la vía gubernativa.

Así, observa esta Sala que lo pretendido por el demandante es obviar los procedimientos ordinarios previstos en el ordenamiento que regula las actuaciones de la administración, en orden a que se reconsidere la decisión que le resulta adversa a sus intereses, y en defensa de la garantía constitucional aquí reclamada, acudiendo alternativamente como en el presente caso al excepcional mecanismo de amparo en franco desconocimiento de su carácter residual.

6. Abundante ha sido la jurisprudencia constitucional al precisar la improcedencia de la acción cuando se cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces para plantear tales tópicos, de allí que si el libelista tiene a su haber el instrumento judicial –o administrativo- apto, no resulta legítimo que pretenda crear alternativamente otra vía para tratar las discrepancias respecto de la decisión atacada, o en otras palabras, que el juez constitucional dirima una controversia aún del resorte de la administración, pues ello no se compadece con la naturaleza y finalidades del mecanismo constitucional, que no son diferentes a denunciar la vulneración y obtener el restablecimiento de los derechos fundamentales.

7. La anterior posición se encuentra soportada en el contenido del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 que desarrolla el principio constitucional regulado en el inciso 3° del Art. 86 Superior y que en su numeral 1° consagra 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 irremediable, el cual no se avizora ni se demostró en modo alguno.

8. También es pertinente señalar que la tutela se ofrece igualmente improcedente aun como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en el entendido que en modo alguno se acreditó de qué forma el mismo se configura en el presente caso de conformidad con los presupuestos exigidos por la jurisprudencia, relacionados con la inminencia, urgencia y gravedad de los hechos (CC T-226/07).

9. Por manera que, al no observarse la alegada violación de derechos, una circunstancia apremiante que torne imperioso dispensar una protección transitoria, ni tampoco un proceder reprochable por la vía constitucional de la autoridad accionada, se confirmará lo decidido en primera instancia.

* * * * *

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sala de Decisión en Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero-. Confirmar el fallo impugnado.

Segundo-. Remítase el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Tercero-. Notifíquese de acuerdo con lo previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria