

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

STP1731-2019

Radicación n° 102546

Acta 38.

Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

I. VISTOS

Decide la Sala la impugnación presentada por ALEX QUIÑONES CORTÉS, contra el fallo proferido el 3 de diciembre de 2018, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, la cual declaró improcedente la acción de tutela interpuesta en protección de los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital y a la unidad familiar, presuntamente vulnerados por la Fiscalía General de la Nación.

II. HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Los sucesos que motivaron la solicitud de amparo constitucional, fueron reseñados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, de la forma como sigue:

Señala el actor que ingresó a laborar como funcionario público en marzo de 1998 en el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, laborando en los departamentos de Nariño, Putumayo, Choco y Valle del Cauca.

Debido a la supresión de la citada entidad, fue incorporado a la planta de la Fiscalía General

de la Nación el 10 de enero de 2012 y sin solución de continuidad, ingresando a ser parte del Cuerpo Técnico de Investigación CTI, laborando en la Unidad Local de Florida - Valle desde esa data hasta junio de 2015, cuando fue trasladado a la Unidad Nacional de Justicia Transicional de Cali.

Afirma que mediante Resolución No. 410 del 17 de septiembre de 2018, se le notificó sobre su traslado al Municipio de Caucasia - Antioquia, decisión contra la que interpuso reposición, resolviéndose el mismo a través de Resolución No. 1-0503 del 9 de noviembre de 2018, manteniéndose la decisión inicial, la que asegura carece de motivación.

Alega que la determinación adoptada por la accionada vulnera sus derechos fundamentales y los de su familia, precisando que tiene un hijo menor de edad, que se encuentra en terapias psicológicas debido a la ausencia de su padre, por cuanto con ocasión del servicio ha debido desplazarse a distintas partes por algunos espacios de tiempo, agregando que el traslado a una zona tan distante afectaría aún más a su familia, igualmente su capacidad económica, en razón a que su reubicación afecta su presupuesto familiar.

En este orden, afirma que no cuenta con otro mecanismo de defensa para lograr la protección de sus garantías constitucionales, solicitando que de forma transitoria, mientras acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se ordene la suspensión de la orden de traslado, con el fin de evitar un perjuicio irremediable

III. INTERVENCIONES

Fiscalía General de la Nación

El Director Ejecutivo señaló que por los mismos hechos el actor promovió con anterioridad otra acción de tutela, que fue declarada improcedente por el Juzgado Cuarenta y Nueve Administrativo del Circuito de Bogotá, el 24 de octubre de 2018.

Frente a los hechos de la demanda de tutela, indicó que por tratarse de una planta de personal global y flexible, es permitido hacer movimiento de personal, cuando la necesidad del servicio así lo exija; sin que, en el caso concreto, ello represente una carga desproporcional e intolerable, pues nada impide que el actor se desplace con su esposa y su hijo al lugar donde fue trasladado –Caucasia (Antioquia).

De otra parte, adujo que la acción de tutela es improcedente, por existir mecanismos ordinarios de defensa judicial para discutir el acto administrativo de carácter particular que ordenó el traslado, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, además de no evidenciarse la concurrencia de perjuicios irremediables que tornen viable la intervención extraordinaria del juez de tutela.

IV. DEL FALLO RECURRIDO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Cali descartó la existencia de temeridad, con fundamento en que la primera acción de tutela promovida por el actor, fue declarada improcedente porque aún no se había resuelto el recurso de reposición que interpuso contra el acto administrativo que ordenó el traslado; y en la actual la situación varía, pues aquel ya fue desatado.

Frente a la acción de tutela, la declaró improcedente por existir mecanismos de defensa judicial ordinarios, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, donde resaltó, cuenta con la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares.

V. DE LA IMPUGNACIÓN

El gestor constitucional señaló que el medio más expedito para lograr la protección de los derechos fundamentales invocados es la acción de tutela, dado que la iniciación y trámite del proceso administrativo puede tardar por lo menos 2 años.

Indicó que en el fallo de tutela no se analizó el impacto de la decisión de traslado, de cara a los derechos invocados, en especial, el de la unidad familiar y la prevalencia de los derechos de los niños.

Reclamó revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, se decrete la suspensión provisional de los efectos de la Resolución que ordenó su traslado, hasta tanto, se «resuelva el proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho» que iniciará «inmediatamente».

VI. CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para conocer la impugnación presentada contra el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, cuyo superior funcional lo es esta Corporación.

2. El problema jurídico propuesto en este asunto, corresponde a determinar si la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos al debido proceso, al mínimo vital y a la unidad familiar, al trasladar a ALEX QUIÑONES CORTÉS -Técnico Investigador I- de la Dirección de Justicia Transicional de Cali, a la Dirección Seccional de Fiscalías de Cauca (Cauca).

3. 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, la parte actora 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 judicial¹.

4. En el sub lite, el camino al que debe concurrir el gestor constitucional es a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ante quien puede exponer los argumentos de carácter legal y constitucional que avalen 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 sea desatada por la vía constitucional.

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 irremediable, el cual no se vislumbra en este asunto.

Es así como la autoridad llamada a solucionar el problema planteado por el actor es el juez de lo contencioso administrativo, quien previa demanda podrá decretar la nulidad de la resolución en la que ordenó su traslado de Cali a Cauca (Cauca) y así restablecer el derecho; con la posibilidad de solicitar, además, como medida cautelar, la suspensión del mismo, actuación regulada en el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2012 y que en virtud del artículo 233 ejúsdem se puede resolver incluso desde la admisión de la demanda.

Sobre la suspensión provisional, la Corte Constitucional en sentencia CC SU-355-2015,

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.

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 del cuestionado acto administrativo.

5. En el anterior contexto, se confirmará el fallo de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Decisión Penal de Tutelas No 1, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado.

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

TERCERO: Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 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.

2 Nuevo Código Contencioso Administrativo.