

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado ponente

STP181-2019

Radicación n.º 102006.

Acta 07

Bogotá D. C., diecisiete (17) de enero de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

La Sala resuelve la impugnación formulada por GABRIEL ENRIQUE VICIOSO JIMÉNEZ, contra la sentencia proferida el 8 de octubre de 2018 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que negó por improcedente la solicitud de amparo elevada por el prenombrado frente a la Procuraduría General de la Nación, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, buen nombre, honra y debido proceso.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. Los presupuestos fácticos de la presente acción constitucional fueron sintetizados por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el fallo de primer nivel, de la siguiente manera:

« Manifiesta el accionante que mediante Decreto 1506 del 22 de marzo de 2018, fue nombrado como Procurador Provincial de Barranquilla, cargo en el cual se posesiono el día 2

de mayo de 2018, desempeñándose en el mismo hasta el día 21 de agosto de 2018, fecha en la cual le fue comunicado el decreto de insubsistencia No. 3448.

Señala que el decreto de insubsistencia tiene como motivación no la necesidad del servicio, sino que tiene su origen en una noticia que se publicó por “redes sociales”, en la cual se indica que el Alcalde de un municipio del departamento del Magdalena, presentó quejas por supuestas irregularidades presentadas dentro de un proceso que se adelantaba en su contra en la Procuraduría Provincial de Barranquilla.

Arguye que a raíz de la anterior noticia, se hicieron presentes en las instalaciones de la Procuraduría Provincial de Barranquilla, el Director nacional de Investigaciones especiales de la Procuraduría General de la Nación, para practicar visita a los procesos disciplinarios activos que se adelantan contra el Alcalde de Salamina y posterior a ello en la misma fecha de 21 de agosto de 2018, se decreta la insubsistencia de su cargo, lo que a su parecer significa que no existe criterio válido alguno para que se ejerza sobre él la facultad discrecional por necesidad del servicio o pérdida de la confianza, ya que en la presunta queja no se aportó prueba que ameritara una investigación disciplinaria.

Predica que, en su caso, el Procurador General de la Nación no evaluó la queja presentada y que la misma carecía de prueba alguna, sino que procedió a decretar la insubsistencia, sin que se cumpliera el debido proceso en ese acto administrativo, lo cual lo pone al escarnio público, ya que considera que, con ello, se envía un mensaje a toda la ciudadanía en el que se indica que es responsable de todo lo que le imputa el mencionado Alcalde en la queja presentada.

El accionante señala que el cargo de Procurador Provincial es de “Libre nombramiento y remoción” por lo que el nominador, quien es el Procurador General de la Nación, goza de discrecionalidad para remover del mismo, pero por razones de necesidad del servicio o pérdida de la confianza y no por una queja que considera infundada, lo cual convierte su

remoción en un acto arbitrario y lesivo al derecho fundamental de su dignidad humana (buen nombre o fama y honra), al debido proceso y a la igualdad, añadiendo que si bien debe acudir a la jurisdicción administrativa para iniciar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, solicitando allí la suspensión del acto administrativo de insubsistencia, tal mecanismo judicial no es idóneo para proteger sus derechos fundamentales a la honra y al buen nombre, ya que puede ventilarse dicha insubsistencia y poner en menoscabo su reputación a raíz de la queja que se presentó en su contra y que pueden transcurrir 6 meses antes de decretarse la medida cautelar que puede solicitarse en tal demanda.

Manifiesta que se encuentra ante la inminencia de un perjuicio irremediable evidente, ya que los medios de comunicación al enterarse de la declaratoria de insubsistencia, harán el despliegue intenso publicitario para mostrar que efectivamente se encontraba implicado en lo denunciado por el quejoso alcalde y que surtirse ello, será imposible resarcir el daño.

Por ello, solicita se amparen sus derechos fundamentales como mecanismo transitorio mientras se surte el proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho ante la jurisdicción administrativa y se ordene a la entidad accionada Procuraduría General de la Nación que suspenda los efectos del Decreto 3448 del 21 de agosto de 2018 y proceda a mantenerlo en el cargo de procurador provincial de Barranquilla hasta que culmine el proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho».

2. Por las razones anteriormente expuestas, GABRIEL ENRIQUE VICIOSO JIMÉNEZ, acudió al Juez de Tutela para que, previo el agotamiento del procedimiento establecido en el Decreto 2591 de 1991, proteja los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se ordene a la Procuraduría General de la nación, dejar sin efectos el Decreto 3448 del 21 de agosto de 2018, de modo tal que lo mantenga en el cargo del Procurador Provincial de Barranquilla, hasta que culmine el proceso administrativo de nulidad y restablecimiento de derechos que deberá incoar en un término no superior a 4 meses.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

1. De la petición de amparo conoció la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que en proveído fechado 25 de septiembre de 2018¹ avocó conocimiento y dispuso comunicar lo pertinente a la accionada para que ejerciera los derechos de defensa y contradicción.

2. La respuesta ofrecida por la parte demandada, en el decurso del presente trámite, fue sintetizadas por el referido Cuerpo Colegiado, en la forma que pasa a transcribirse:

«Procuraduría General de la Nación:

La entidad accionada señaló que, el cargo que ocupaba el accionante, es catalogado legalmente como de “Libre nombramiento y remoción” y que la facultad del nominador de remover el mismo, es discrecional y obedece a los criterios que observe el mismo. Indica que no se vulneraron los derechos fundamentales del actor y que este último posee otros mecanismos ante la jurisdicción ordinaria que hacen improcedente la acción de tutela, debido a que no se acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable.»

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante fallo dictado el 8 de octubre de 2018², negó el amparo solicitado por GABRIEL ENRIQUE VICIOSO JIMÉNEZ, tras considerar, básicamente, que el Decreto 3448 del 21 de agosto de 2018, de la Procuraduría General de la Nación, por el cual fue retirado del cargo de Procurador Provincial de Barranquilla, encuentra su fundamento en la ley, ya que «es un cargo catalogado como de “libre nombramiento y remoción”, tal como lo señala él mismo y lo reitera la accionada, por lo que se encuentra bajo el régimen legal establecido por el Decreto 262 del 2000, en su artículo 182»,

Agregó que, en las causales de retiro se encuentra contemplada la declaratoria de insubsistencia discrecional, de modo tal que, con el acto administrativo cuestionado, la accionada no incurrió en vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, buen nombre y honra, sino que «solo atañe a una situación laboral, por lo que si tiene inconformidades sobre este tipo de actos, posee a su disposición el mecanismo judicial de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se encuentra consagrado en el CPACA, lo cual permea de una evidente improcedencia la presente acción constitucional».

IMPUGNACIÓN

El fallo de tutela de primera instancia fue comunicado a GABRIEL ENRIQUE VICIOSO JIMÉNEZ³ mediante telegrama del 11 de octubre de 2018, y comoquiera que no estuvo conforme con lo allí resuelto, impugnó la decisión, siendo concedida mediante proveído del día 16 del mismo mes y año⁴.

Resaltó que, la providencia no permite inferir si con el acto administrativo cuestionado se vulneraron o no sus derechos fundamentales, pues a pesar de traer a colación decisiones de la Corte Constitucional sobre los derechos invocados, declara improcedente la acción por cuanto existe otro mecanismo de defensa judicial, el cual reitera no es idóneo para el caso, pues «el perjuicio se encuentra soportado en la realidad», de ahí que aspira se revoque el fallo de primer grado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Siendo competente esta Sala conforme a lo normado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en armonía con el artículo 44 del Reglamento General de esta Corporación, a continuación resolverá la temática planteada al inicio de esta providencia.
2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de

sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualesquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de manera expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, existiendo, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio de carácter irremediable.

3. Para su procedencia se requiere el cumplimiento de algunos requisitos, siendo uno de ellos y quizás el primero y más elemental, la existencia cierta del agravio, lesión o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que demande la inmediata intervención del juez de tutela en orden a hacerla cesar, motivo por el cual la solicitud de amparo debe contener un mínimo de demostración en cuanto a la vulneración que afecta los derechos que se quieren proteger, pues si no son objeto de ataque o amenaza carece de sentido hablar de la necesidad de amparo.

Criterio sostenido también por la Corte Constitucional al señalar que: «...es indispensable un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o en el menoscabo material o moral del derecho cuya efectividad se solicita a través de la acción de tutela. Por consiguiente, quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación» (C.C.S.T-864/1999).

4. En el caso concreto, se tiene que GABRIEL ENRIQUE VICIOSO JIMÉNEZ, acudió a este mecanismo extraordinario de protección, con la finalidad de que el Juez Constitucional: por un lado, conceda el amparo a los derechos fundamentales invocados en su líbello de tutela, y de otra parte, disponga dejar sin efectos el Decreto 3448 de 21 de agosto de 2018, por medio del cual fue declarado insubsistente del cargo de Procurador Provincial del Barranquilla por parte del Procurador General de la Nación.

Pretensión que la parte demandante fundamenta en el hecho que, a su juicio, la entidad cuestionada, desconoció el debido proceso administrativo, con el que además considera vulnerados sus derechos al buen nombre y la honra.

5. Precisado lo anterior, como quiera que la pretensión de la parte actora tiene estrecha relación con el derecho al debido proceso, conviene recordar que acorde con lo normado en el artículo 29 de la Constitución Política «el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas», lo cual implica que de manera clara y concreta el Constituyente Primario ha dispuesto que en la actividad que despliegue la Administración Pública, el conjunto de garantías superiores que integran el debido proceso, valga precisar, los derechos de defensa, contradicción, controversia probatoria, así como los principios de publicidad, legalidad, competencia y correcta motivación, entre otros, tienen plena aplicabilidad (C.C.S.T-103/2006).

En concordancia con lo anterior la jurisprudencia constitucional ha señalado que «el debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley» (C.C.S.T-982/2004) precisando, además, que el citado derecho se caracteriza, fundamentalmente, por:

(i) Ser de rango constitucional, porque se encuentra expresamente consagrado en el artículo 29 de la Carta Política;

(ii) Involucrar todos los principios y las garantías que integran el concepto de debido proceso –publicidad, legalidad, competencia, correcta motivación, así como la defensa, contradicción, controversia probatoria, respectivamente–;

(iii) No existir solamente para contradecir una decisión de la Administración, sino que se

extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla y posteriormente en el momento de su comunicación y oposición; y,

(iv) Responder no sólo a las garantías estrictamente procesales, sino también a la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública (C.C.S.T-465/2009).

6. De otra parte, resulta pertinente recordar que cuando lo que pretende cuestionarse a través de la tutela es un acto administrativo, por regla general, la acción de amparo resulta improcedente, por cuanto el principio de subsidiariedad que caracteriza dicho mecanismo constitucional, sumado a la existencia de otros medios idóneos de defensa, como por ejemplo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa hacen inviable la utilización de tal medio como alternativa para la protección de derechos presuntamente vulnerados, salvo que la parte actora logre acreditar la configuración de un perjuicio irremediable; temática respecto de la cual la Corte Constitucional ha expresado que:

«En el caso específico de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular, se ha predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Ello, por cuanto el interesado puede ejercer las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, como medida preventiva solicitar dentro de ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión.

Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos asuntos en los cuales se demuestre que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos carecen de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable» (C.C.S.T-094/2013).

7. Expuesto lo anterior, y una vez revisada la información que hace parte de estas

diligencias, desde ahora la Sala advierte que confirmará el fallo de tutela impugnado, por las razones que se exponen a continuación:

7.1. En primer lugar, la parte actora, como de manera acertada lo refirió el Tribunal a quo, cuenta con mecanismos ordinarios de defensa, alternativos a esta acción, para la protección de las prerrogativas fundamentales que considera quebrantadas por parte de las autoridades accionadas, circunstancia que, torna improcedente la intervención del Juez Constitucional.

Efectivamente: es importante recordar que uno de los principios que rige el ejercicio de la acción de amparo, es el de subsidiariedad, el cual, según lo establecido en el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política y en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, implica que por regla general, la solicitud de amparo sólo procede cuando el actor haya agotado oportunamente todos y cada uno de los recursos o medios de defensa judiciales previstos por el legislador para obtener la protección de los derechos presuntamente vulnerados.

Lo anterior, aplicado al caso concreto, le sirve a la Sala para afirmar que las pretensiones elevadas por GABRIEL ENRIQUE VICIOSO JIMÉNEZ, resultan improcedentes porque, existen procedimientos normales expeditos frente al presunto yerro puesto de presente en el libelo de la demanda, circunstancia que elimina la viabilidad de la acción de tutela puesto que ésta sólo puede ser utilizada, como ya se dijo, ante la carencia de mecanismos ordinarios.

Así, el demandante puede, si a bien lo tiene, con los argumentos que quiere hacer valer ante el juez de tutela, recurrir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instancia ésta en la que, conforme a las previsiones establecidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (L.1437/2011), cuenta con la posibilidad de reclamar la suspensión provisional de la decisión que dice, atenta contra sus derechos superiores, constituyéndose así en el medio idóneo para controvertir los actos

administrativos proferidos por la entidad pública aquí demandada.

Sobre este punto en particular, debe recordarse que según la jurisprudencia constitucional, la alternativa de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa impide al juez de tutela intervenir en el asunto objeto del sub júdice, por cuanto «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 líbelo, 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 pudiese 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”» (C.C.S.T-766/2006).

Así las cosas, válido resulta concluir que en el presente asunto, nada obsta para que la parte aquí demandante acuda ante el Juez Contencioso -Juez Natural- para sacar adelante sus pretensiones.

7.2. En segundo lugar, en el presente caso, no se reúnen los requisitos para predicar la inminente causación de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del accionante. En este punto resulta pertinente recordar que la Corte Constitucional, en reiterados pronunciamientos, ha establecido las condiciones que deben acreditarse en orden a que sea viable la intervención urgente del juez de tutela, con el fin de evitar un perjuicio irremediable:

«Se entiende por irremediable el daño para cuya reparación no existe medio o instrumento. Es el daño o perjuicio que una vez se produce, no permite retrotraer las circunstancias al

estado anterior a la vulneración del derecho. El legislador abandonó la teoría del daño no resarcible económicamente, que en oportunidades se ha sostenido, en especial para considerar algunos elementos del perjuicio moral. Se ha considerado, por intérpretes de la norma, que su redacción adolece de defecto al afirmar que el dicho perjuicio irremediable sería aquél no reparable en su integridad, mediante indemnización, interpretación equivocada porque abandona la manifestación expresa y literal de la ley. Se trata de daños como la pérdida de la vida, o la integridad personal, que pudiendo ser indemnizados totalmente en sus efectos materiales y morales, no puede recuperarse por ningún medio» (C.C. S.T-823/1999).

Aplicando tales premisas al caso concreto, la Sala no encuentra evidencia de que GABRIEL ENRIQUE VICIOSO JIMÉNEZ se encuentre en una situación apremiante y urgente que amerite la intervención del Juez Constitucional, pues sí así lo fuera, hubiere promovido los recursos jurídicos a su alcance, desde el momento mismo desde que fue notificado de la decisión administrativa que resolvió declararlo insubsistente del cargo de Procurador Provincial de Barranquilla.

Ahora, si bien el accionante aduce que con la decisión se encuentra afectado su buen nombre, honra y dignidad humana ya que fue noticia por medios de comunicación y redes sociales, lo cierto es que, ese tipo de afectaciones no se encuentran plasmadas en el acto administrativo cuestionado, aunado a que tales circunstancias no son suficientes para predicar una condición de indefensión y vulnerabilidad manifiestas, toda vez que ese tipo de eventos corresponde ventilarlos al interior del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que puede lograr la reparación del daño.

En esa medida, pertinente resulta recordar que, acorde con la doctrina constitucional «los hechos afirmados en la acción de tutela deben ser probados siquiera sumariamente para que el juzgador tenga la plena certeza sobre los mismos. No es posible sin ninguna prueba acceder a la tutela. La valoración de la prueba se hace según la sana crítica pero es

indispensable que obren en el proceso medios probatorios que permitan inferir la verdad de los hechos» (C.C. S.T.1270/2001).

8. Así, las cosas, al no cumplir el demandante con el requisito de subsidiariedad que rige el ejercicio de la acción de tutela y no demostrar siquiera sumariamente la existencia de una situación real, urgente y apremiante que amerite la intervención del Juez Constitucional, se insiste, no es posible acceder a la petición de amparo, razón por la cual, se impone, como previamente se anunció, la confirmación de la sentencia de tutela proferida el 8 de octubre de 2018 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión Penal de Tutelas n.º 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de octubre de 2018 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por las razones expuestas en esta providencia.
2. REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Ver folios 48 a 49 del Cuaderno Original Principal de Tutela de Primera
Instancia.

2 Ver folios 65 a 81. Ibídem.

3 Ver folio 82. Ibídem.

4 Ver folio 86. Ibídem.

8