

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP4100-2021

Radicación nº 115710

Acta No. 90

Bogotá D.C., veinte (20) de abril de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación formulada por el accionante JOSÉ JOAQUÍN TIBADUIZA CUEVAS, contra el fallo de 5 de marzo de 2021, por medio del cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín le negó el amparo de lo derecho fundamentales al debido

proceso y defensa, presuntamente vulnerados por la Fiscalía General de la Nación.

A la presente actuación fueron vinculados la Dirección de Control Disciplinario y despacho de la Vicefiscal General de la Nación.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Corresponde determinar si en el presente asunto se encuentran acreditados los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, para demandar por esta vía excepcional la Resolución No. 1-0001 de 5 de febrero de 2021 emitida por la Fiscalía General de la Nación dentro del radicado No. 25545, en virtud de la cual sancionó con 5 meses de suspensión en el ejercicio del cargo de Técnico Investigador II del CTI al accionante.

ANTECEDENTES PROCESALES

Mediante auto de 22 de febrero de la presente anualidad, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín avocó el conocimiento de esta acción de tutela, negó la medida provisional solicitada y ordenó correr traslado de la demanda a las partes accionadas y vinculadas, a efectos de garantizarles sus derechos de defensa y contradicción.

RESULTADOS PROBATORIOS

1. La Dirección de Control Disciplinario de la Fiscalía General de la Nación señaló que la acción disciplinaria tuvo su origen en la irregularidad en que incurrió el accionante al apartarse de sus deberes como Técnico Investigador II y dar lugar al hurto del arma de dotación oficial que le había sido asignada para el cumplimiento de sus funciones.

Sobre el particular explicó que la Fiscalía General de la Nación le asignó una pistola marca Jericho (9MM) serie 38305373 al accionante JOSÉ JOAQUÍN TIBADUIZA CUEVAS para que cumpliera sus funciones como Técnico Investigador II de la Unidad Local del CTI en Santa Rosa de Osos. Sin embargo el disciplinado, estando por fuera de su horario y sitio de trabajo, en actividades abiertamente personales, llevó consigo el arma a un establecimiento público y mientras se retiraba del sitio en horas de la madrugada (5:30 de la mañana) fue despojado del arma asignada.

Agregó que en la actuación disciplinaria quedó debidamente demostrado el incumplimiento de los deberes funcionales del accionante, lo que dio lugar a su sanción.

Frente a lo pretendido con esta acción de tutela alegó que se ofrecía improcedente por cuanto el actor contó con plenas garantías al interior del proceso disciplinario para demostrar su deber objetivo de cuidado y la ausencia de responsabilidad atribuida:

«Así las cosas, tenemos que el disciplinado omitió su deber de cuidado con este letífero

instrumento, al salir a la calle en la madrugada de un domingo, asumiendo los peligros que dicha conducta conlleva, ejecutando actividades que nada tenían que ver con sus deberes funcionales, exponiendo a que el arma de fuego oficial le fuera hurtada como en efecto ocurrió, configurándose así la violación objeto de reproche.»

Añadió que el núcleo central del debate procesal cuestionado se concentró en demostrar la responsabilidad del implicado al dar lugar al hurto del arma de dotación oficial, por no observar el deber objetivo de cuidado con dicho elemento, el cual evidentemente fue inobservado cuando decidió acudir a un sitio de esparcimiento público, en horas de la madrugada de un domingo portando una pistola de propiedad de la Fiscalía General de la Nación, situación que evidentemente riñe con la discrecionalidad que sobre este tipo de elementos tienen quienes los portan, conducta que por demás no está amparada en manual o decálogo de armas adoptado por la entidad como erradamente lo pretendía hacer ver el accionante.

Finalmente adujo que la sanción impuesta no configura un perjuicio irremediable y por el contrario hace parte de las consecuencias que debe asumir quien trasgrede el ordenamiento jurídico en materia disciplinaria. Por lo anterior solicitó declarar improcedente la demanda de tutela.

2. El despacho de la Vicefiscal General de la Nación señaló que el proceso disciplinario se adelantó conforme a derecho y que lo pretendido por el accionante era adelantar un juicio de legalidad propio de la jurisdicción contenciosa administrativa, lo que por vía de tutela resulta improcedente por desconocer los principios de subsidiariedad y residualidad que la

rigen.

Resaltó que si bien el accionante cuestionó el hecho de no haberse adelantado diligencia de versión libre, de conformidad con el numeral 3º del artículo 92 de la Ley 734 de 2002 es facultativo del disciplinado hacer uso de ese derecho, no siendo imperativo del juzgador adelantarla de oficio.

FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín negó el amparo constitucional reclamado luego de considerar que la acción de tutela no era procedente para cuestionar la legalidad de la Resolución No. 1-0001 de 5 de febrero de 2021 en virtud de la cual se sancionó disciplinariamente al demandante.

Al respecto sostuvo que la legalidad de los actos administrativos debe ser debatida por la vía de la jurisdicción contenciosa administrativa y no mediante la acción de tutela, salvo la presencia de un perjuicio de carácter cierto, inminente urgente e irremediable, circunstancia que no se presenta en este caso en tanto que la suspensión en el ejercicio del cargo hace parte de los efectos de la sanción en sí misma, mas no una vulneración real y efectiva de los derechos fundamentales del sancionado.

LA IMPUGNACIÓN

Notificado del contenido del fallo el apoderado del accionante lo impugnó argumentando que la sanción emitida por la entidad accionada se ofrece inconstitucional al sustentarse exclusivamente en «apreciaciones personales del operador disciplinario» y desconocer lo señalado en el Manual de Procedimientos para la Administración Control y Seguimiento, Dotación y Uso de Materiales de Armamentos y Elementos de Seguridad de la entidad frente a la conducta cometida por su prohijado.

Además de lo anterior alegó que la jurisdicción administrativa no contaba con un medio idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales vulnerados. En consecuencia solicitó revocar el fallo impugnado y conceder el amparo reclamado ordenando a la Fiscalía General de la Nación «abstenerse de hacer efectiva la sanción disciplinaria».

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, en armonía con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta contra la decisión adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de la cual es su superior funcional.

2. El problema jurídico que convoca a la Sala consiste en determinar si la presente acción

de tutela es formalmente procedente para enjuiciar la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados. En ese sentido, la Corte deberá establecer si en el caso concreto los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para estudiar la protección constitucional solicitada, o si se advierte la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la tutela como mecanismo transitorio.

3. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que la acción de tutela es un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por cualquier acción u omisión, siempre que no exista otro recurso o medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En materia de acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular y concreto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que su procedencia se torna excepcional y estricta, en tanto no es el mecanismo idóneo para atacarlos.

Sobre el particular, en sentencia T- 332 de 2018 sostuvo:

«[...] tratándose de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular y concreto, la Corte ha indicado que la excepcionalidad del recurso de amparo se torna especialmente estricta, en tanto no es el mecanismo idóneo para atacarlos ya que, por su propia naturaleza, se encuentran amparados por el principio de legalidad, pues se parte del

presupuesto de que la administración, al momento de manifestarse a través de un acto, debe acatar las prerrogativas constitucionales y legales a las que se encuentra subordinada. De allí que la legalidad de un acto administrativo se presume, obligando a demostrar a quien pretende controvertirlo que aquel se apartó, sin justificación alguna, del ordenamiento jurídico, debate que se debe adelantar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa».

De lo anterior se concluye que la tutela resulta improcedente para desquebrajar la firmeza del acto administrativo, pues se presume su legalidad y por lo tanto quien pretenda controvertirlo deberá acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y demostrar que la administración, sin justificación alguna, se apartó del ordenamiento jurídico en su motivación y expedición.

4. En el presente asunto, desde ya anuncia la Sala que se confirmará el fallo impugnado, pues de los elementos de prueba allegados no se advierte la configuración de un perjuicio irremediable que haga procedente de manera excepcional la acción de tutela.

Al respecto, la Corte ha señalado que la persona que solicita el amparo debe demostrar con suficiencia la necesidad de la medida para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, es decir, que existe un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; que se requiera de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y que las medidas adoptar respondan a condiciones de

oportunidad y eficacia, es decir, que eviten la consumación del daño irreparable.

De cara a lo anterior y las respuestas allegadas, no se advierte que, de negarse el estudio de fondo de la tutela, TIBADUIZA CUEVAS estuviese en una situación de debilidad manifiesta, o que su vida, salud o integridad soportarían un perjuicio de carácter irremediable. Por el contrario, se evidencia que el acto administrativo atacado fue suficientemente motivado, explicó de manera detallada, clara y precisa las razones por las cuáles se sancionó al accionante con la suspensión en el ejercicio del cargo y, se sustentó en las pruebas y normativa aplicable, lo que garantizó el debido proceso y el ejercicio del derecho de defensa contradicción.

Además de lo anterior, para la Sala no es palmaria la vulneración a los derechos fundamentales que alega el accionante, pues al interior de la actuación contó con herramientas jurídicas idóneas y eficaces para plantear la censura que por esta vía excepcional propone, por lo tanto para resquebrajar la presunción de acierto y legalidad de la Resolución No. 1-0001 de 5 de febrero de 2021 deberá acudir a la vía ordinaria y demandarla ante el juez natural a través del mecanismo de control correspondiente.

En ese orden de ideas, si el accionante estaba en desacuerdo con la motivación que expuso la entidad accionada como sustento para sancionarlo con la suspensión en el ejercicio del cargo, debió demandar dicho acto administrativo por la vía ordinaria a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 de Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) y no por la vía excepcional de la acción de tutela.

De conformidad con la motivación que antecede no se satisface el requisito de subsidiariedad que rige esta acción de amparo en tanto que, contrario a lo considerado por el apoderado del accionante, existe un mecanismo judicial idóneo para atacar el proceso administrativo sancionatorio adelantado por la Fiscalía General de la Nación, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, medio de control que se advierte idóneo y eficaz toda vez que admite el decreto de medidas cautelares desde la presentación de la demanda, lo que protege y garantiza la efectividad del derecho que se acusa vulnerado.

El artículo 229 del CPACA señala que, desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso, a petición de parte, el juez o magistrado podrá decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (idoneidad). Al mismo tiempo, el artículo 230 del citado canon contempla como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo (eficacia).

En ese orden, no existe duda de la efectividad del medio de defensa al interior de la jurisdicción contenciosa administrativa, circunstancia que hace improcedente la acción de tutela e impide revertir y dejar sin efectos la decisión censurada, pues de no ser así se desconocería el derecho constitucional al juez natural y se convertiría esta acción en el principal mecanismo para controvertir los actos administrativos cuando la parte afectada se muestra inconforme con lo allí resuelto, máxime cuando puede acudir a las acciones contenciosas.

Así las cosas, la decisión de primera instancia deviene acertada, pues en efecto el promotor de la presente acción cuenta con otro medio de defensa judicial para controvertir la legalidad del acto administrativo, constituyéndose aquél en el mecanismo idóneo para la defensa de los derechos fundamentales que considera vulnerados.

Bajo este panorama, a tono con el marco fáctico expuesto, el presente asunto no se aviene a ninguno de los presupuestos que permitirían un estudio constitucional de los hechos en que se sustenta la vulneración a los derechos fundamentales cuyo amparo reclama JOSÉ JOAQUÍN TIBADUIZA CUEVAS, circunstancia que impone a la Sala confirmar la decisión impugnada.

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

RESUELVE

1. Confirmar el fallo impugnado conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.
2. Notificar a las partes de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de

1991.

3. Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez ejecutoriado el presente proveído.

Cúmplase

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria