

## **TEMERIDAD EN ACCION DE TUTELA - Aunque las pretensiones sean las mismas, no se configura cuando no hay identidad de partes**

En primer lugar, estima la Sala, que en el caso sub examine no se presenta la temeridad a que se refirió tanto la Consejera ponente de la sentencia objeto de tutela ni la Fiscalía General de la Nación, en los informes rendidos con ocasión de la presente acción, dado que si bien el actor instauró ante esta Corporación una acción de tutela similar a la que ahora nos ocupa, donde las pretensiones fueron las mismas, tal situación no puede predicarse respecto de los sujetos procesales, presupuesto indispensable para que se pueda presentar tal circunstancia. Precisamente, esa fue la razón para que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca remitiera, por competencia, la acción constitucional bajo examen a esta Corporación, pues advirtió que en esta ocasión además de dirigirse contra la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, también se interpuso contra la Fiscalía General de la Nación.

## **ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Excepcionalmente procede cuando se vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia**

Hecha la aclaración anterior, advierte la Sala que la Sección Primera, inveteradamente, ha sido partidaria de tramitar las acciones de tutela en primera y segunda instancia cuando en ellas se controvierten providencias judiciales por supuestas vías de hecho e inclusive, en diversas oportunidades, llegó a conceder el amparo solicitado cuando concluyó que la providencia estaba afectada con dicho vicio. Empero, tal posición fue rectificada por la Sala en sentencia de 9 de julio de 2004, proferida dentro de la acción de tutela radicada bajo el núm. 2004-00308 (Actora: Inés Velásquez de Velásquez, Magistrado ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), en la que se concluyó que, en términos generales, la acción de tutela es improcedente contra sentencias judiciales que pongan fin a un proceso o actuación. Solo excepcionalmente en los casos en que una providencia judicial vulnera el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia, cuya condición de derecho fundamental de primer orden resulta indiscutible, la Sala ha venido admitiendo la acción de tutela contra la misma, siempre y cuando la parte perjudicada con tal providencia no cuente con otro mecanismo para obtener la protección del derecho o derechos conculcados. Como quiera que lo que se impugna en el sub lite es una sentencia (...) la Sala reitera en esta oportunidad su tesis de que no procede la acción de tutela contra decisiones judiciales como la aquí controvertida, dictadas en procesos judiciales en el que se brindó a las partes la plena posibilidad de hacer valer todos los derechos.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION PRIMERA**

**Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil ocho (2008)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2008-00342-00(AC)**

**Actor: JORGE ORLANDO CAICEDO ROJAS**

**Demandado: SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO Y OTROS**

**Referencia: ACCION DE TUTELA**

El ciudadano **JORGE ORLANDO CAICEDO ROJAS**, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de tutela presentó demanda contra la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y la Fiscalía General de la Nación, por estimar que se le violaron los derechos constitucionales al debido proceso y a la igualdad, al proferir la sentencia de 27 de abril de 2004, que resolvió el recurso extraordinario de súplica (Radicado núm. S-516) interpuesto por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia de 4 de mayo de 2000, emanada de la Sección Segunda –Subsección “B”- de esta Corporación.

**I.- LA SOLICITUD**

El actor incoa la tutela con la finalidad de que se le amparen los derechos constitucionales al debido proceso y a la igualdad y, en consecuencia, se deje sin efecto la sentencia de 27 de abril de 2004, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que resolvió el recurso extraordinario de súplica (Radicado núm. S-516), interpuesto por la Fiscalía General de la Nación y, en su lugar, se deje en firme el fallo de 4 de mayo de 2000, dictado por la Sección Segunda –Subsección “B”- de esta Corporación, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho radicada bajo el núm. 17.090, por él promovida.

Fundamenta las violaciones enunciadas, en síntesis, así:

1°: Manifiesta que ante la negativa de algunas Secciones del Consejo de Estado de conocer acciones de tutela contra providencias dictadas por esta Corporación, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ha decidido aprehender el conocimiento de las mismas, y como requisito de procedibilidad exige que se haya interpuesto la respectiva acción ante el Consejo de Estado y que éste la haya rechazado.

2°: Anota que como quiera que el Consejo de Estado le rechazó en primera y segunda instancia la acción de tutela que interpuso por los mismos hechos que ahora expone, cumple con dicho requisito.

3°: Afirma que en 1994 participó en el concurso de méritos para aspirantes a cargos de las Unidades Locales de Fiscalía que convocó la Fiscalía General de la Nación, agotando todas las etapas, siendo calificado satisfactoriamente, por lo que fue seleccionado e inscrito en la lista de elegibles.

4°: Agrega que mediante la Resolución núm. 0-1071 de 16 de junio de 1994, fue nombrado en el cargo de Fiscal Local en la Dirección Seccional de Fiscalías de Cundinamarca, en provisionalidad y no en período de prueba como lo ordenaba el artículo 72 del Decreto 2699 de 1991, en el que permaneció hasta el 23 de agosto de 2005, fecha en que fue declarado insubsistente su nombramiento a través de la Resolución núm. 0-1902, sin motivación alguna.

5°: Sostiene que a través de apoderado formuló acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Fiscalía General de la Nación, con el fin de obtener la nulidad de la resolución precitada y su reintegro al cargo de Fiscal Local o a otro de igual categoría, demanda que se fundamentó en que la vinculación de personal en empleos de carrera se hace a través del sistema de méritos, esto es, convocatoria,

concurso, selección del servidor y nombramiento en período de prueba, durante el cual es deber de la Administración la calificación de servicios, situación esta última que no ocurrió en su caso, pese a que el cargo que desempeñaba era de carrera y no de libre nombramiento y remoción.

6°: Considera que por tal razón su desvinculación ha debido ser por calificación insatisfactoria de servicios y no por insubsistencia discrecional, conforme ocurrió, teniendo en cuenta, como ya se indicó, que el cargo que desempeñaba era de carrera.

7°: Señala que mediante fallo de 13 de junio de 1997 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda, por estimar que no se había probado por parte del demandante inscripción en escalafón de carrera general o especial, o que estuviera amparado por algún status o privilegio de inamovilidad, por lo que concluyó que era un empleado de libre nombramiento y remoción del nominador.

8°: Aduce que contra dicha decisión interpuso recurso de apelación, el que fue resuelto por la Sección Segunda –Subsección “B”- del Consejo de Estado, quien el 4 de mayo de 2000 revocó el fallo de primera instancia, declarando la nulidad de la Resolución núm. 0-1902 de 23 de agosto de 1995, ordenando su reintegro y el pago de los sueldos y prestaciones dejados de percibir desde la fecha en que se produjo el retiro del servicio, reiterando en dicha providencia los argumentos expuestos en la sentencia de 23 de septiembre de 1999 (Expediente núm. 602-99, Actor: Antonio Musiri Gutiérrez), por tratarse de un asunto idéntico.

9°: Aduce que la Fiscalía General de la Nación formuló recurso extraordinario de súplica contra el fallo de segundo grado, el que fue resuelto el 27 de abril de 2004 por

la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, infirmando la sentencia de segunda instancia y confirmando la de primer grado, en la que se denegaron las pretensiones de la demanda, providencia en la que se transcribió casi toda la sentencia que resolvió el recurso extraordinario de súplica radicado bajo el núm. S-531 de 2 de septiembre de 2003 (Actor: Antonio Musiri Gutiérrez).

10º: Aduce que el 1o. de diciembre de 2003 el señor Antonio Musiri interpuso acción de tutela contra la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la que le fue rechazada por las Secciones Segunda –Subsección “B”- y Cuarta del Consejo de Estado, bajo el argumento de la improcedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales.

11: Comenta que dicha tutela fue escogida para revisión por la Corte Constitucional, quien luego de dos años y tres meses, profirió fallo el 7 de marzo de 2006 (T-170, Magistrado ponente doctor Alvaro Tafur Galvis), protegiendo los derechos constitucionales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso del doctor Musiri, al encontrar que la Fiscalía General de la Nación lo desvinculó mediante un acto carente de motivación. En consecuencia, dejó sin efecto el fallo de 2 de septiembre de 2003, que resolvió el recurso extraordinario de súplica, y en firme el fallo de segunda instancia.

12: Aduce que el proceso administrativo iniciado por el doctor Musiri iba más adelantado que el suyo, por lo que siempre le sirvió como punto de referencia; y que, precisamente, enterado del fallo de tutela de la Corte Constitucional accediendo a la protección de los derechos invocados del citado señor, procedió a instaurar la acción de tutela contra la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que resolvió el recurso extraordinario de súplica, revocando el fallo de segundo grado que le había sido favorable a sus pretensiones, imaginando

que su caso correría la misma suerte, pues frente al mismo supuesto de hecho, inexorablemente se debe aplicar la misma razón de derecho.

13: Expresa que si bien hubo una aparente inactividad para presentar la primera acción de tutela, único medio judicial con el que cuenta para controvertir el fallo en cuestión, la misma se encuentra justificada, por cuanto la Corte Constitucional tardó más de dos años para proferir el fallo de revisión de la acción de tutela promovida por el doctor Musiri, proceso que siempre le sirvió de referencia, por tratarse de casos similares.

14: Manifiesta que la primera acción de tutela que interpuso no fue seleccionada, decisión que se tomó a través del proveído de 24 de agosto de 2007, el que fue notificado por estado el 12 de septiembre del mismo año, por lo que considera que la acción bajo examen cumple con el requisito de la inmediatez.

## **II.- TRAMITE DE LA ACCIÓN.**

**II.1.** La acción de tutela fue presentada ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, quien mediante proveído de 13 de marzo de 2008 la admitió; sin embargo, al advertir que en esta ocasión además de dirigirse contra la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado también se interpuso contra la Fiscalía General de la Nación, a través de auto de 31 del mismo mes y año la remitió a esta Corporación por competencia, correspondiéndole en reparto a este Despacho.

Mediante proveído de 18 de abril de 2008 se ordenó admitir la solicitud de tutela y se dispuso notificar a los Magistrados de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y al Fiscal General de la Nación.

Los señores Consejeros doctores Camilo Arciniegas Andrade y Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, se declararon impedidos para conocer del proceso de la referencia, por cuanto suscribieron la sentencia objeto de tutela. Al verse afectado el quórum para decidir sobre los impedimentos manifestados, se procedió al sorteo de Conjueces, y a través de auto de 29 de mayo del presente año se aceptaron los impedimentos manifestados.

## **II.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

**II.2.1-** La señora Consejera ponente del fallo objeto de tutela, en escrito visible a folios 289 a 292, manifiesta, en síntesis, que la acción bajo examen debe ser rechazada por improcedente y temeraria, dado que contrario a la declaración juramentada que realiza el actor de que no ha instaurado otra acción de tutela con fundamento en los mismos hechos y derechos y contra las mismas autoridades a que alude en esta demanda, lo cierto es que la primera acción de tutela presentada por él es exactamente igual a ésta, pues los hechos son los mismos al igual que la pretensión, toda vez que solicita se deje sin efecto la sentencia de 27 de abril de 2004.

Aduce que además la acción de tutela resulta improcedente frente a providencias judiciales

**II.2.2-** Por su parte, el Presidente del Consejo de Estado, se opuso a las pretensiones de la solicitud de tutela, aduciendo al efecto, que en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha indicado que para que proceda dicha acción contra providencias judiciales, es necesario que exista una vía de hecho, situación que, además, debe aparejar la vulneración de algún derecho fundamental.

Aduce que desde la sentencia C-543 de 1992, se determinó que en estos eventos la acción de tutela solo procedería contra providencias judiciales en las que, contrario a lo que se espera de la actividad judicial, se hubiera cometido un error tan brusco y atentatorio del ordenamiento jurídico que hiciera imposible reconocer ese acto como un producto del derecho, razón por la que, a contrario sensu, se estaría ante una vía de hecho, es decir, procederá contra aquellas providencias judiciales cuya decisión no sea posible justificar mediante ninguna de las opciones interpretativas con que cuenta el operador jurídico.

Aduce que en el caso sub examine, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo profirió un fallo con el debido y lógico análisis jurídico, así como ajustado a los parámetros de la sana crítica, respecto a los aspectos debatidos, esto es, los derechos de carrera y la declaratoria de insubsistencia frente a los funcionarios escalafonados y los de libre nombramiento y remoción, en el que además, reiteró una posición asumida en pronunciamientos anteriores, lo que demuestra claramente que no se está frente a una vía de hecho y, por tanto, no es procedente la acción de tutela.

En cuanto a la violación del derecho a la igualdad, que hace descansar el actor en el hecho de que en un asunto similar al suyo, el del doctor Antonio Musiri Gutiérrez, fue tutelado por la Corte Constitucional mediante providencia de 7 de marzo de 2006, estima que no le asiste razón al demandante, toda vez que la Sala Plena de esta Corporación falló su asunto, en sentencia S-516 de 27 de abril de 2004, en idéntica forma al proceso del mencionado doctor Musiri, S-531 de 2 de septiembre de 2003.

**II.2.3-** La Fiscalía General de la Nación, a través de la Jefe de la oficina Jurídica, contesta la solicitud de tutela, manifestando que la Corte Constitucional, en



pronunciamientos reiterados, ha establecido cómo las diferentes tendencias interpretativas del juez basadas en un determinado criterio jurídico hacen parte de la autonomía que éste tiene y que la misma Constitución Política consagra.

Agrega que el actor pretende imponer su particular criterio hermenéutico sobre los hechos comentados en la demanda, desconociendo la labor autorizada que sobre los mismos efectuara el juez competente sobre dicho tema, de manera concienzuda y apegada al ordenamiento jurídico, donde se explicó de forma clara, concisa y congruente los motivos legales que determinaron rechazar las pretensiones de la demanda de amparo.

Luego de traer a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con la improcedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales y contra decisiones en procesos de tutela, y transcribir algunos apartes de las mismas, señala que resulta impertinente la pretensión de amparo solicitada, dado que en el fondo del asunto, lo que se está pretendiendo es cuestionar una tutela fallada a través de otra acción de la misma clase, por lo cual depreca la aplicación del artículo 38 del Decreto Ley 2591 de 1991.

### **III-. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El actor pretende que a través de la presente acción de tutela se le amparen los derechos constitucionales al debido proceso y a la igualdad y, en consecuencia, se deje sin efecto la sentencia de 27 de abril de 2004, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que resolvió el recurso extraordinario de súplica (Radicado núm. S-516), interpuesto por la Fiscalía General de la Nación y, en su lugar, se deje en firme el fallo de 4 de mayo de 2000, dictado por la Sección Segunda –Subsección “B”- de esta Corporación, dentro de la acción

de nulidad y restablecimiento del derecho radicada bajo el núm. 17.090, por él promovida.

En primer lugar, estima la Sala, que en el caso sub examine no se presenta la temeridad a que se refirió tanto la Consejera ponente de la sentencia objeto de tutela ni la Fiscalía General de la Nación, en los informes rendidos con ocasión de la presente acción, dado que si bien el actor instauró ante esta Corporación una acción de tutela similar a la que ahora nos ocupa, donde las pretensiones fueron las mismas, tal situación no puede predicarse respecto de los sujetos procesales, presupuesto indispensable para que se pueda presentar tal circunstancia.

Precisamente, esa fue la razón para que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca remitiera, por competencia, la acción constitucional bajo examen a esta Corporación, pues advirtió que en esta ocasión además de dirigirse contra la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, también se interpuso contra la Fiscalía General de la Nación.

Hecha la aclaración anterior, advierte la Sala que la Sección Primera, inveteradamente, ha sido partidaria de tramitar las acciones de tutela en primera y segunda instancia cuando en ellas se controvierten providencias judiciales por supuestas vías de hecho e inclusive, en diversas oportunidades, llegó a conceder el amparo solicitado cuando concluyó que la providencia estaba afectada con dicho vicio.

Empero, tal posición fue rectificada por la Sala en sentencia de 9 de julio de 2004, proferida dentro de la acción de tutela radicada bajo el núm. 2004-00308 (Actora: Inés Velásquez de Velásquez, Magistrado ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), en la que se concluyó que, en términos generales, la

acción de tutela es improcedente contra sentencias judiciales que pongan fin a un proceso o actuación.

Solo excepcionalmente en los casos en que una providencia judicial vulnera el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia, cuya condición de derecho fundamental de primer orden resulta indiscutible, la Sala ha venido admitiendo la acción de tutela contra la misma, siempre y cuando la parte perjudicada con tal providencia no cuente con otro mecanismo para obtener la protección del derecho o derechos conculcados.

Como quiera que lo que se impugna en el sub lite es una sentencia, de 27 de abril de 2004, que resolvió el recurso extraordinario de súplica (Radicado núm. S-516), proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que promovió la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia de 4 de mayo de 2000, emanada de la Sección Segunda –Subsección “B”- de esta Corporación, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho radicada bajo el núm. 17.090, promovida por el aquí demandante, la Sala reitera en esta oportunidad su tesis de que no procede la acción de tutela contra decisiones judiciales como la aquí controvertida, dictadas en procesos judiciales en el que se brindó a las partes la plena posibilidad de hacer valer todos los derechos que le asisten, razón por la que denegará por improcedente la acción de tutela incoada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**FALLA:**

**NIÉGASE**, por improcedente, la acción de tutela instaurada por el actor.

Si no fuere impugnado el fallo conforme lo señala el artículo 31 del Decreto Ley 2591 de 1991, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 24 de julio de 2008.

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**  
Presidente

**SATURIA ESGUERRA PORTOCARRERO**  
Conjuez

**ILVA MYRIAM HOYOS CASTAÑEDA**  
Conjuez  
Aclara voto

**CAMILO EDUARDO VELASQUEZ TURBAY**  
Conjuez