

Sentencia T-822/02

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Imposición de sanción

JUEZ CONSTITUCIONAL-No puede negar la tutela por la sola existencia del otro medio de defensa judicial

Debe la Corte reiterar que el juez constitucional no puede denegar por improcedente la tutela por considerar en abstracto que también procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin tener en cuenta los hechos del caso y el efecto que tendría la falta de protección efectiva sobre el ejercicio de los derechos fundamentales. Resulta violatorio de los artículos 2º y 86 de la Constitución, y del artículo 8º del Decreto 2591/91 denegar una acción de tutela por improcedente, debido a la sola existencia formal de otro medio de defensa judicial, sin la debida consideración de la situación fáctica concreta. Por lo tanto, en el presente caso la acción de tutela resulta procedente, pues la de nulidad y restablecimiento del derecho no permite proteger de manera eficaz y oportuna los derechos presuntamente vulnerados, y existen circunstancias que desvirtuarían la posibilidad meramente hipotética de solicitar la suspensión provisional.

PROCESO DISCIPLINARIO DEL EMPLEADO JUDICIAL-Conocimiento de la primera instancia por el superior jerárquico

RECUSACION EN PROCESO DISCIPLINARIO-Sometimiento a reparto cuando existe pluralidad de superiores jerárquicos

No se puede válidamente concluir que la decisión de la segunda instancia, y del incidente de recusación no deban someterse a reparto cuando se trate de investigaciones disciplinarias desarrolladas por un funcionario judicial que tenga varios superiores. A pesar de que aparentemente esta situación no fue tomada en cuenta por el legislador, todos los jueces que ostentan la calidad de superior jerárquico o funcional de un juez promiscuo tienen competencia disciplinaria, independientemente de su especialidad funcional. Existiendo una pluralidad de superiores jerárquicos, todos ellos con competencia para conocer el incidente de recusación dentro de los procesos disciplinarios adelantados por los jueces promiscuos municipales, su trámite ha debido someterse a reparto.

DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO-Vulneración por no someter el incidente de recusación a reparto

DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO-Vulneración por desconocimiento del principio de la doble instancia

PROCESO DISCIPLINARIO-No se debe rechazar de plano la apelación so pretexto de no estar determinado el funcionario competente para conocer de la segunda instancia

No existe norma específicamente aplicable a los empleados de la rama judicial, que determine cuál es el funcionario competente para conocer la segunda instancia del proceso disciplinario interno. Sin embargo, ello no es excusa para rechazar de plano la apelación, en lugar de enviarlo a quien consideraba que era el funcionario competente, de acuerdo con una interpretación razonable de la ley. Esta ambigüedad legal no puede traer como consecuencia la pretermisión de la segunda instancia, so pretexto de una falta de competencia funcional del juez a quien se remite el expediente para que resuelva la apelación de un fallo. Máxime cuando no alegó dicha falta de competencia en la función disciplinaria, y decidió de fondo el incidente de recusación dentro del mismo proceso disciplinario, pues tal actuación atenta también contra la prohibición de irse contra los propios actos, y por lo tanto, vulnera el principio constitucional de buena fe, y la confianza legítima en las actuaciones del Estado. Según lo dispuesto en la Ley 200 de 1995, hoy derogada pero vigente para la época en que sucedieron los hechos, el competente para resolver la recusación era el superior jerárquico o funcional del funcionario encargado de llevar la investigación disciplinaria, según el caso.

DEBIDO PROCESO-Vulneración por ejecución del fallo sin haberse resuelto la apelación

La Juez Promiscua Municipal ha debido abstenerse de ejecutar su providencia, y en su lugar, ha debido remitir el expediente al Juzgado Penal de Circuito, para que le diera el trámite correspondiente, o enviarlo a quien ella consideraba competente, pero en ningún caso podía válidamente ejecutar el fallo de primera instancia cuando no se había resuelto la apelación. Por lo tanto, el derecho al debido proceso también se ve violado por la actuación de la Juez Promiscua Municipal de Chía de proceder a ejecutar su fallo, en lugar de devolver el expediente o remitirlo a otro juez para que se le diera el trámite correspondiente.

Referencia: expediente T-574248

Demandante: Alba Carlina Rodríguez Flórez

Demandados: Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá y Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Chía

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil dos (2002).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil –presidente-, Marco Gerardo Monroy Cabra y Eduardo Montealegre Lynett, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en primera instancia, y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en segunda, dentro de la acción de tutela instaurada por Alba Carlina Rodríguez Flórez, contra el Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá y contra el Juzgado Promiscuo Municipal de Chía.

### I. ANTECEDENTES

#### a. La solicitud

La demandante, a través de apoderado, solicitó la protección de sus derechos al debido proceso, a la defensa, al trabajo, a la igualdad y al buen nombre.

Tales derechos los estimó vulnerados y amenazados porque el Juez Penal del Circuito de Zipaquirá, al declararse incompetente, rechazó la apelación<sup>1</sup> interpuesta contra el fallo dentro de un procedimiento disciplinario por medio de la cual se lo suspendía de su cargo, en lugar de darle el trámite correspondiente. Por lo tanto, solicita que se decrete la nulidad del Auto mediante el cual se rechazó la apelación.

Por otra parte solicita que se dé trámite al recurso de queja interpuesto por su apoderado contra el Auto que rechazó la apelación, sobre el cual el Juez Penal del Circuito de Zipaquirá nunca se pronunció.

Finalmente considera amenazados sus derechos con la decisión de la Juez Tercera Promiscua Municipal de Chía de dejar en firme la decisión sancionatoria impuesta en el proceso disciplinario con fundamento en el rechazo del recurso de apelación. Por lo tanto, solicita se ordene a dicha juez abstenerse de efectuar cualquier medida tendiente a ejecutar dicha sanción.

#### a. Los hechos

2.1 La demandante desempeñaba el cargo de escribiente en provisionalidad y en propiedad el de citadora en el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Chía.

2.2 Este juzgado inició proceso disciplinario en su contra, con fundamento en un informe secretarial suscrito por el secretario del Juzgado.

2.3 Durante la etapa de indagación preliminar, el apoderado de la disciplinada recusó a la juez de conocimiento del proceso, quien no aceptó la recusación y en lugar de someter el incidente a reparto, envió el incidente directamente al Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá, suspendiendo el proceso hasta tanto éste se pronunciara sobre la recusación.

2.5 El 5 de octubre de 2001, la juez Tercera Promiscua Municipal de Chía profirió decisión de fondo en la cual consideró que la disciplinada había cometido falta grave, y dispuso la suspensión de sus funciones sin remuneración por 90 días (fl. 647ss).

2.6 Notificado del fallo (fl. 662), el apoderado de la disciplinada interpuso recurso de apelación (fls. 664ss).

2.7 La juez concedió el recurso de apelación y decidió enviarlo directamente al Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá, sin someterlo a reparto (fl. 685).

2.8 El Juzgado Penal de Circuito de Zipaquirá rechazó por improcedente el recurso de

apelación mediante Auto No. 36 de diciembre 3 de 2001, aduciendo falta de competencia para conocer en segunda instancia los procedimientos fallados por el Juzgado Promiscuo Municipal de Chía (fls. 693ss).

2.9 A pesar de conocer el contenido del Auto interlocutorio No. 36 mediante el cual se rechazó el recurso de apelación, mediante proveído del 5 de diciembre de 2001, la juez Tercera Promiscua Municipal declaró que la decisión sancionatoria estaba en firme, y dispuso su cumplimiento a partir del 6 de diciembre del mismo año (fl. 704).

## II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

### 2.1 Primera instancia

Mediante sentencia del veintinueve (29) de enero de 2002, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Penal, concedió el amparo de los derechos invocados.

Citando las disposiciones pertinentes de la Ley 270 de 1996 en consonancia con otras de la Ley 200 de 1995, consideró que la juez Tercera Promiscua Municipal de Chía debió haber enviado el recurso de apelación ante su nominador, la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca.

Adicionalmente, sostuvo que la accionada debió haber sometido la solicitud de recusación a reparto, pues siendo ella juez promiscuo, el trámite de la recusación ha debido sortearse entre jueces civiles, laborales y penales del respectivo circuito, y no enviarlo directamente al Juez Penal del Circuito de Zipaquirá.

A juicio del Tribunal, a través de tales omisiones la juez demandada incurrió en vía de hecho, vulnerando los derechos fundamentales a la defensa y debido proceso de la peticionaria.

En virtud de lo anterior, declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto del 23 de octubre de 2000, por medio del cual se dispuso la remisión de la recusación al Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá. Dispuso además el reintegro de la demandante a su cargo, con todas las prerrogativas legales y salariales, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del fallo.

### 2.2 Impugnación

La Juez Tercera Promiscua Municipal del Circuito de Chía apeló la decisión de tutela de primera instancia. Dentro de los fundamentos de su inconformidad con la decisión de tutela sostuvo:

Tanto la disciplinada como su apoderado tuvieron oportunidad de alegar la nulidad del trámite de la recusación, por haberse enviado éste al Juez Penal del Circuito de Zipaquirá, en lugar de someterlo a reparto. Sin embargo, las partes no hicieron uso de esa posibilidad, por lo cual no puede alegarse ahora en sede de tutela.

En todo caso, el Juez Penal del Circuito de Zipaquirá sí era competente para conocer la recusación, por lo cual, si bien pudo haber un error en su actuación, ésta no se puede calificar como una vía de hecho.

Su decisión de enviar el proceso al Juez Penal de Circuito de Zipaquirá para que se surtiera la apelación no se debió a la amistad que tiene con él, sino a las similitudes entre el proceso penal y el disciplinario, y teniendo en consideración también que dicho funcionario conoció de la recusación que se hiciera contra ella dentro del procedimiento.

Los procedimientos disciplinarios, como el que ahora se ataca, son susceptibles de las acciones pertinentes ante la jurisdicción contencioso administrativa, y la acción de tutela resulta improcedente cuando existe otro mecanismo de defensa judicial.

### 2.3 Segunda instancia

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mediante sentencia del seis (6) de marzo de 2002, revocó el fallo y en su lugar denegó el amparo solicitado.

Consideró que la acción de tutela es improcedente, pues al dirigirse contra una decisión administrativa, la demandante cuenta con otra acción ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la cual puede solicitar la suspensión provisional del acto.

## III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

### 1. Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión, para revisar la

sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

a. Consideraciones de la sala

## 2.1. Problemas jurídicos

En consideración de los hechos y argumentos jurídicos de las partes, así como de lo decidido en las dos instancias, debe esta Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

En primer lugar, le corresponde determinar si procede la tutela contra providencias por las cuales queda ejecutoriada una sanción que suspende en el cargo a un servidor público, a pesar de que exista otra acción para decretar su nulidad y el restablecimiento del derecho, en la cual, además, puede solicitarse su suspensión provisional.

En caso de resolverse de manera afirmativa el anterior interrogante, le corresponde determinar si se vulneran los derechos fundamentales de una persona cuando dentro de un proceso disciplinario interno, seguido en su contra ocurren las siguientes circunstancias:

1) Un juez promiscuo municipal, que dirige un procedimiento disciplinario interno contra un empleado de su despacho, es recusado y pasa directamente el incidente ante un juez penal de circuito específico, en lugar de someterlo al procedimiento de reparto.

2) Habiendo decidido la recusación, el juez penal del circuito rechaza por improcedente la apelación contra el fallo de primera instancia dentro del mismo procedimiento disciplinario, pues considera que carece de competencia, y en el mismo auto envía el expediente de vuelta al juzgado de origen, sin remitirlo al juez que consideraba competente para que conociera de la apelación.

3) Devuelta la actuación, el funcionario judicial que falló la primera instancia declara ejecutoriada la decisión sancionatoria sin que se surta la apelación, y procede a hacer efectiva la sanción impuesta.

## 2.2 Solución de los problemas planteados

### 2.2.1 Procedencia de la acción de tutela

En primer lugar, le corresponde a esta Corporación establecer si procede la tutela contra providencias como consecuencia de las cuales queda ejecutoriada una sanción que suspende en el cargo a un servidor público, a pesar de que exista otra acción para decretar su nulidad y el restablecimiento del derecho, en la cual, además, puede solicitarse su suspensión provisional.

La Corte ha dicho de manera sistemática que, conforme a los artículos 2º y 86 de la Constitución y al numeral 1º del artículo 6º Decreto 2591 de 1991, el análisis de la existencia de otros medios de defensa que desplacen a la acción de tutela debe evaluarse en concreto.<sup>2</sup> Si se tiene en cuenta que el objeto de dicha acción es otorgarle una protección efectiva a los derechos fundamentales, resulta indispensable concluir que el juez de tutela debe evaluar en concreto la idoneidad del otro medio de defensa para restablecer los derechos fundamentales, de acuerdo con la forma como presuntamente han sido vulnerados.

Para evaluar la idoneidad del otro medio de defensa, y determinar si la acción de tutela es o no procedente se deben tener en cuenta dos elementos de análisis respecto del medio de defensa que aparentemente prevalece sobre esta acción:

a. El objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela.

a. El resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales.<sup>3</sup>

En el presente caso el juez de tutela de segunda instancia deniega la protección, pues la considera improcedente porque existe otro medio de defensa judicial: la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. El objeto de esta acción, sin embargo, no es propiamente el de darle una protección oportuna y eficaz a los derechos fundamentales. En cambio,

pretende preservar la legalidad de los actos administrativos y restablecer los derechos conculcados a los administrados.

A pesar de lo anterior, la diferencia entre los objetos de estas dos acciones no obstan para que en algunas ocasiones la acción de nulidad prevalezca sobre la tutela. En ciertas circunstancias, al preservar la legalidad de los actos administrativos y restablecer los derechos de los asociados se pueden proteger efectiva y oportunamente los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, en otras situaciones ello no es posible. Por lo tanto, para determinar si la acción de tutela procede en el caso concreto se deben tener en cuenta tanto el objeto de la acción prevalente prima facie, como su resultado previsible, en relación con la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, dentro del contexto del caso particular.

En esa medida, si el juez observa que en el caso concreto la preservación de la legalidad trae como resultado también el restablecimiento pleno y oportuno de los derechos fundamentales vulnerados, la tutela resulta improcedente.

Por el contrario, si advierte que el mecanismo de defensa judicial aparentemente prevalente no es idóneo para restablecer los derechos fundamentales vulnerados de manera eficaz y oportuna, la tutela resulta procedente.

En algunos de estos casos en que la tutela desplaza a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el factor de procedencia determinante es la incidencia del tiempo sobre los derechos fundamentales. En tales eventos, ello ocurre por cualquiera de las siguientes circunstancias:

a. Porque la prolongación del procedimiento contencioso afectaría desproporcionadamente el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o,

a. porque para el momento en que el juez contencioso adopte una decisión, el ejercicio pleno del derecho fundamental vulnerado no puede restablecerse, y esta situación sólo puede ser resarcida económicamente.

En particular en los procedimientos disciplinarios, la prolongación en el tiempo de las sanciones estatales suele tener repercusiones graves en relación con el derecho a acceder y a ejercer cargos públicos. En esa medida, no puede desconocerse que la protección efectiva del derecho a acceder y a ejercer de cargos públicos supone su reconocimiento como derecho subjetivo. El reconocimiento de un derecho fundamental como derecho subjetivo supone que, si se dan las condiciones necesarias, su titular puede exigir el acceso efectivo a un cargo específico en un momento determinado, como elemento esencial de su contenido.<sup>4</sup>

En estos casos, el interés subjetivo en acceder o ejercer un cargo público en un momento determinado está íntimamente ligado con su elemento objetivo como derecho fundamental.

Es decir, con el principio de democracia participativa. Si se desconoce que el ejercicio oportuno de este derecho es una parte esencial del contenido protegido, y se limita su protección constitucional a un restablecimiento anacrónico o a una indemnización pecuniaria, cuando la situación personal y profesional de su titular han cambiado, y el interés en ejercer o acceder a un cargo público ya no es actual, se está despojando a ese derecho político de la protección necesaria para que cumpla su función institucional en la consolidación de la democracia participativa.

Para que el principio de democracia participativa sea una realidad en este país, es necesario que los ciudadanos tengan un interés en participar en la conformación del poder estatal, y para tal fin es necesario que el Estado les garantice su participación efectiva y oportunamente, como un derecho subjetivo. De lo contrario, si el derecho constitucional no permite garantizarles a todos los ciudadanos el acceso al poder, la democracia participativa se verá debilitada, pues los individuos interesados en participar en su conformación serán exclusivamente aquellos pocos que tengan otros medios para acceder al poder, diferentes al derecho.

Con todo, para denegar la acción, el juez de tutela de segunda instancia, la Corte Suprema de Justicia, adujo que el demandante puede obtener la suspensión provisional del acto violatorio de sus derechos ante la jurisdicción contencioso administrativa. En efecto, podría alegarse que este recurso judicial constituye una posibilidad para proteger de manera expedita los derechos fundamentales de la demandante, pues el juez contencioso debe resolverla al admitir la demanda. Sin embargo, la suspensión provisional procede cuando la

ilegalidad del acto es manifiesta, pero la violación de los derechos fundamentales no depende necesariamente del carácter manifiesto de la ilegalidad.

Así ocurre en este caso, al menos por dos razones evidentes. En primer lugar, porque la presunta vulneración de los derechos fundamentales se deriva de diversas actuaciones dentro del proceso, cuya ilegalidad no es manifiesta. En efecto, carácter no manifiesto de la ilegalidad se debe a que no existen normas legales expresas que regulen específicamente algunos de los trámites en los procedimientos disciplinarios internos contra empleados judiciales. En particular, no existe regulación específica en lo relacionado con el sometimiento a reparto de ciertas actuaciones en este tipo de procesos, ni en relación con la competencia para fallar la segunda instancia. En segundo lugar, porque la suspensión provisional tampoco sería apta para proteger los derechos fundamentales. La presunta vulneración también se relaciona con la omisión de tramitar el recurso de queja contra la providencia por la cual se rechazó el recurso de apelación, y dicha omisión no es un acto administrativo.<sup>5</sup>

En virtud de lo anterior debe la Corte reiterar que el juez constitucional no puede denegar por improcedente la tutela por considerar en abstracto que también procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin tener en cuenta los hechos del caso y el efecto que tendría la falta de protección efectiva sobre el ejercicio de los derechos fundamentales.

Resulta violatorio de los artículos 2º y 86 de la Constitución, y del artículo 8º del Decreto 2591/91 denegar una acción de tutela por improcedente, debido a la sola existencia formal de otro medio de defensa judicial, sin la debida consideración de la situación fáctica concreta.

Por lo tanto, en el presente caso la acción de tutela resulta procedente, pues la de nulidad y restablecimiento del derecho no permite proteger de manera eficaz y oportuna los derechos presuntamente vulnerados, y existen circunstancias que desvirtuarían la posibilidad meramente hipotética de solicitar la suspensión provisional.

### 2.2.2 El debido proceso disciplinario contra empleados judiciales y el sometimiento a reparto cuando el disciplinador tiene varios superiores, todos ellos competentes para conocer el trámite del proceso

Una de las garantías del debido proceso, que resulta aplicable al procedimiento disciplinario

conforme al artículo 5º de la Ley 200 de 1995, consiste en que la investigación debe efectuarse “ante funcionario competente previamente establecido”.

Tratándose de procedimientos disciplinarios contra un empleado judicial, el conocimiento de la primera instancia le corresponde al superior jerárquico, conforme al artículo 115 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que dispone: “Corresponde a las Corporaciones, funcionarios y empleados pertenecientes a la Rama Judicial, conocer de los procesos disciplinarios contra los empleados respecto de los cuales sean sus superiores jerárquicos”.

A su vez, el inciso 3º del artículo 61 de la Ley 200 de 1995, dice: “A los empleados de la misma Rama los investigará y sancionará el respectivo superior jerárquico”. En este caso, la superior jerárquico sería la Juez Promiscuo Municipal de Chía, titular del despacho donde labora la disciplinada.

Ahora bien, el primer problema que se presenta en este caso consiste en determinar si se vulnera el debido proceso de la disciplinada en virtud de las decisiones de la Juez Promiscua Municipal de Chía de enviar el incidente de recusación y el trámite de la apelación directamente al Juez Unico Penal del Circuito de Zipaquirá, en lugar de someterlos al procedimiento de reparto.

Al respecto, la juez demandada alega que envió el incidente de recusación y la apelación al Juez Penal del Circuito de Zipaquirá (también demandado), debido a las similitudes que existen entre el procedimiento disciplinario y el proceso penal. Por otra parte sostiene que ni la disciplinada, ni su apoderado interpusieron recurso alguno contra tales decisiones.

Finalmente agrega que enviarlos directamente a este Juez, en lugar de someterlos a reparto no vician su decisión, como quiera que –según afirma-, el Juez Penal de Circuito de Zipaquirá de todos modos es competente para conocer tanto la recusación, como el trámite de la segunda instancia del proceso disciplinario.

En relación con este último argumento, debe la Corte establecer de antemano que la vulneración alegada no consiste en un desconocimiento del principio del juez natural, sino, más bien, en el indebido procedimiento que se le dio a estos dos trámites procesales. Es decir, el problema radica en establecer si la juez accionada vulneró el debido proceso por no someter estos trámites al procedimiento de reparto.

El sometimiento de procesos a reparto constituye una garantía aplicable a determinados

procedimientos, que tiene como objetivo preservar la imparcialidad en las decisiones estatales. Las disposiciones generales que regían en ese momento los procedimientos disciplinarios no contemplaban expresamente un sistema de reparto. La Ley 200/95 no establece expresamente un sistema de reparto para asignar entre los funcionarios competentes el conocimiento de los impedimentos y recusaciones, ni la apelación de los fallos de primera instancia en procedimientos disciplinarios internos contra empleados de la rama judicial que sean nombrados por sus mismos superiores jerárquicos, ni lo establece expresamente para el caso en que estos funcionarios tengan a su vez diversos superiores.

Por el contrario, la ley presupone que la primera y segunda instancia del proceso, y el trámite de los incidentes de recusación debe efectuarlos un funcionario determinado, el superior jerárquico, quien presupone, es un funcionario distinto al nominador. En relación con el trámite de primera y segunda instancias, dice el artículo 61 de la Ley 200 de 1995:

“Cuando se trate de la comisión de falta calificada como grave o gravísima, el jefe de la dependencia o de la seccional o regional correspondiente fallará el proceso en primera instancia, en cuyo caso la segunda instancia le compete al nominador.

“... A los empleados de la misma Rama los investigará y sancionará el respectivo superior jerárquico, ...”

En torno al trámite de la recusación, el artículo 69 del mismo estatuto establece que

“El funcionario impedido o recusado pasará el proceso a su superior jerárquico o funcional, según el caso ...”.

Sin embargo, de tales disposiciones no se puede válidamente concluir que la decisión de la segunda instancia, y del incidente de recusación no deban someterse a reparto cuando se trate de investigaciones disciplinarias desarrolladas por un funcionario judicial que tenga varios superiores. A pesar de que aparentemente esta situación no fue tomada en cuenta por el legislador, todos los jueces que ostentan la calidad de superior jerárquico o funcional de un juez promiscuo tienen competencia disciplinaria, independientemente de su especialidad funcional.

Por otra parte, el argumento que aduce la accionada de afinidad entre el derecho

disciplinario y el penal tampoco resulta un criterio aceptable para que el juez que lleva la investigación en primera instancia decida a su arbitrio a cuál de sus superiores debe asignarle la competencia, pues del mismo modo hubiera podido aducir, que al existir una relación laboral, el competente era el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá. Funcionalmente, la competencia disciplinaria en el caso de empleados de la rama judicial no corresponde, ni resulta asimilable a una especialidad jurisdiccional, ni está determinada por las afinidades dogmáticas entre el derecho disciplinario y otras ramas del derecho. La afinidad dogmática no constituye un criterio de distribución de competencias. En un Estado de derecho, corresponde al legislador, con fundamento en la Constitución, distribuir las jerarquías y competencias de acuerdo con el criterio que considere más conveniente.

En esa medida, la Corte encuentra que la Juez Promiscua Municipal de Chía también vulneró el derecho al debido proceso de la disciplinada al enviar el incidente de recusación y el trámite de la apelación de su decisión directamente al Juzgado Penal de Circuito de Zipaquirá, en lugar de tramitarla a través del sistema de reparto.

Ahora bien, según la juez accionada, los demandantes en tutela no pueden controvertir su decisión de enviar el incidente de recusación y la apelación directamente al Juzgado Penal de Circuito de Zipaquirá, pues esta circunstancia no fue alegada por la disciplinada ni por su apoderado dentro del proceso. Considera que ellos no pueden aducir en sede de tutela un defecto que no objetaron dentro del proceso, mediante los recursos pertinentes.

Para la Corte este argumento no es de recibo, pues el argumento según el cual el envío directo al Juez Penal de Circuito constituyó una circunstancia violatoria del debido proceso no fue alegado por los demandantes en su escrito de tutela. Fue esgrimido por el juez de tutela de primera instancia, en cumplimiento de su función de protección oficiosa de los derechos fundamentales.

### 2.2.3 El debido proceso disciplinario y el trámite cuando el funcionario a quien se envía la segunda instancia se declara incompetente

En segunda medida, debe esta Corporación establecer si la decisión del Juzgado Penal de Circuito de Zipaquirá de rechazar la apelación del fallo disciplinario, y disponer la devolución del expediente al juzgado de primera instancia constituye una vulneración del debido proceso de la demandante.

Dentro del trámite del procedimiento disciplinario, en las faltas consideradas graves y gravísimas, la doble instancia constituye también una garantía del debido proceso. Al declararse incompetente, el Juzgado Penal de Circuito de Zipaquirá debió haber remitido el expediente al funcionario que él consideraba competente, en lugar de rechazar el recurso.

En relación con el trámite debido cuando un funcionario se declare incompetente para conocer de una actuación disciplinaria, el inciso 1º del artículo 64 de la Ley 200 de 1995, dispone:

“ARTICULO 64. COLISION DE COMPETENCIAS. El funcionario que se considere incompetente para conocer de una actuación disciplinaria, así lo consignará y la remitirá directamente a quien en su concepto deba adelantar el proceso.”

Al no haber seguido dicho trámite, el Juzgado Penal de Circuito de Zipaquirá desconoció el principio de la doble instancia, el cual, como ya se vio, hace parte de las garantías aplicables al procedimiento disciplinario cuando la falta es considerada grave o gravísima. Al desconocer este principio, vulneró el derecho al debido proceso de la disciplinada.

No comprende la Corte por qué razón, en lugar de tramitar el proceso conforme a la reglas aplicables, consagradas en la Ley 200 de 1995, el Juzgado Penal de Circuito de Zipaquirá decidió rechazar de plano el recurso de apelación y además ordenar su envío al juzgado de origen. Con tal decisión, el Juez Penal del Circuito de Zipaquirá desconoció por completo el principio de doble instancia, pues omitió su deber oficioso de remitir la apelación al funcionario competente.

Ahora bien, esta Corporación no desconoce que existe una cierta ambigüedad en la Ley 200 de 1995 en torno al funcionario competente para tramitar la segunda instancia en relación con los empleados de la rama judicial, cuando el control disciplinario sea de carácter interno.

En efecto, el artículo 48 de la Ley establece de manera general, que la segunda instancia en los procedimientos disciplinarios internos corresponde al nominador. Dispone dicho artículo:

“ARTICULO 48. CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO. Toda entidad u organismo del Estado,

excepto la Rama Judicial debe constituir una unidad u oficina del más alto nivel, encargada de conocer en primera instancia, de los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. La segunda instancia será de competencia del nominador.”

Por su parte, el artículo 61 dispone, también de manera general, que la competencia para conocer el procedimiento en segunda instancia corresponde al nominador. Al respecto dice textualmente:

“ARTICULO 61. COMPETENCIA FUNCIONAL. Corresponde al jefe inmediato del investigado, cuando la falta sea leve, fallar el proceso en única instancia.

“Cuando se trate de la comisión de falta calificada como grave o gravísima, el jefe de la dependencia o de la seccional o regional correspondiente fallará el proceso en primera instancia, en cuyo caso la segunda instancia le compete al nominador.

Por su parte, específicamente en relación con la competencia para conocer de los procedimientos disciplinarios contra empleados judiciales, el artículo sólo se refiere al funcionario competente para adelantar la primera instancia, pero no menciona quién es el competente para conocer de la segunda instancia. El inciso tercero del mismo artículo dice:

“Respecto de los funcionarios de la Rama Judicial serán competentes para investigar y sancionar las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales, según el caso. A los empleados de la misma Rama los investigará y sancionará el respectivo superior jerárquico, en ambos casos sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación.”

Como se observa, no existe norma específicamente aplicable a los empleados de la rama judicial, que determine cuál es el funcionario competente para conocer la segunda instancia del proceso disciplinario interno.

Sin embargo, ello no es excusa para rechazar de plano la apelación, en lugar de enviarlo a quien consideraba que era el funcionario competente, de acuerdo con una interpretación razonable de la ley. Esta ambigüedad legal no puede traer como consecuencia la pretermisión de la segunda instancia, so pretexto de una falta de competencia funcional del juez a quien se remite el expediente para que resuelva la apelación de un fallo. Máxime

cuando no alegó dicha falta de competencia en la función disciplinaria, y decidió de fondo el incidente de recusación dentro del mismo proceso disciplinario, pues tal actuación atenta también contra la prohibición de irse contra los propios actos, y por lo tanto, vulnera el principio constitucional de buena fe, y la confianza legítima en las actuaciones del Estado.

Según lo dispuesto en la Ley 200 de 1995, hoy derogada pero vigente para la época en que sucedieron los hechos, el competente para resolver la recusación era el superior jerárquico o funcional del funcionario encargado de llevar la investigación disciplinaria, según el caso. La disposición pertinente dice al respecto:

“ARTICULO 69. PROCEDIMIENTO EN CASO DE IMPEDIMENTO. El funcionario impedido o recusado pasará el proceso a su superior jerárquico o funcional, según el caso, fundamentando y señalando la causal existente y si fuere posible aportará las pruebas pertinentes, a fin de que el superior decida de plano a quién ha de corresponder su conocimiento o quién habrá de sustituir al funcionario impedido o recusado.”

Con todo, al resolver sobre la apelación, el Juzgado Penal de Circuito de Zipaquirá se declaró incompetente porque consideró que, a pesar de ser superior jerárquico del Juez Promiscuo Municipal de Chía en una de las especialidades funcionales en materia jurisdiccional, no era su superior jerárquico en materia disciplinaria, pues ésta función es de carácter administrativo. La pregunta pertinente sería entonces, ¿si el incidente de recusación no constituye un trámite de carácter administrativo, porqué la apelación sí tiene tal naturaleza, si los dos se surten dentro del mismo proceso disciplinario?

El Juez Penal de Circuito de Zipaquirá no responde a este interrogante, ni dentro de las consideraciones del auto por el cual rechaza la apelación (fls. 698-699), ni dentro del trámite de la acción de tutela (constancia de notificación fl. 45).

Por todo lo anterior, también respecto del Auto de diciembre 3 de 2001, la tutela debe prosperar.

2.2.4 La ejecución del fallo de primera instancia cuando no se ha tramitado su apelación y está pendiente el recurso de queja: prevalencia del derecho sustancial

Adicionalmente, la Juez Promiscua Municipal de Chía ejecutó la decisión de primera instancia

a pesar de que resultaba evidente que el trámite de la apelación era incorrecto.

En el presente caso, el envío del expediente correspondía, en principio, al Juez Penal de Circuito de Zipaquirá. Sin embargo, éste no tramitó la apelación, y envió el expediente de vuelta al Juzgado Promiscuo Municipal de Chía. Es necesario entonces establecer cuál era la conducta procesal debida por parte de la titular de este último despacho, teniendo en cuenta que no se había tramitado la apelación del fallo de primera instancia. Para tal efecto, es necesario tener en cuenta cuál es la finalidad del procedimiento disciplinario, conforme a la Constitución y a las reglas y principios que lo rigen. Sobre este punto, la misma Ley 200 de 1995, dentro del capítulo de los principios rectores, establece que en la interpretación de la ley procesal el funcionario competente debe tener en cuenta, además de los otros principios rectores, que una de las finalidades del procedimiento disciplinario es dar cumplimiento a las garantías debidas a las personas que en él intervienen:

“ARTICULO 13. FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO. En la interpretación de la Ley Procesal, el funcionario competente debe tener en cuenta, además de la prevalencia de los principios rectores, que la finalidad del procedimiento es el logro de los fines y funciones del Estado y el cumplimiento de las garantías debidas a las personas que en él intervienen.”

Por otra parte, la misma Ley establece la prevalencia de la Constitución y de los principios rectores, en la interpretación y aplicación del régimen disciplinario. Al respecto dispone:

“ARTICULO 18. PREVALENCIA DE LOS PRINCIPIOS RECTORES. En la interpretación y aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores que determina este Código, la Constitución Política y las normas de los Códigos Penal, Procedimiento Penal y Contencioso Administrativo.”

En esa medida, teniendo en cuenta que en este caso estaban involucrados el derecho a ejercer cargos públicos, el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial, el principio constitucional de la doble instancia, que además estaba garantizado dentro de la configuración legal del procedimiento, así como el derecho a la defensa, la Juez Promiscua Municipal de Chía ha debido abstenerse de ejecutar su providencia, y en su lugar, ha debido remitir el expediente al Juzgado Penal de Circuito, para que le diera el trámite correspondiente, o enviarlo a quien ella consideraba competente, pero en ningún caso podía válidamente ejecutar el fallo de primera instancia cuando no se había resuelto la apelación.

Por lo tanto, el derecho al debido proceso también se ve violado por la actuación de la Juez Promiscua Municipal de Chía de proceder a ejecutar su fallo, en lugar de devolver el expediente o remitirlo a otro juez para que se le diera el trámite correspondiente.

En virtud de lo anterior, esta Corporación revocará la decisión de segunda instancia dentro del proceso de tutela, confirmará la decisión de primera instancia dentro de dicho proceso, y en consecuencia ordenará la anulación del procedimiento disciplinario hasta la etapa de indagación preliminar, incluyendo el Auto que dispuso enviar el incidente de recusación al Juzgado Penal de Circuito de Zipaquirá.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

**RESUELVE:**

Primero: **REVOCAR** la decisión proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mediante el cual se negó el amparo de tutela invocado y **TUTELAR** el derecho a ejercer cargos públicos y el derecho al debido proceso de la demandante.

Segundo: **ORDENAR** al Juzgado Promiscuo Municipal de Chía que reintegre a la demandante a su cargo, si para la fecha no lo ha hecho, y que proceda a decretar la nulidad del proceso disciplinario seguido contra la demandante, hasta la providencia mediante la cual ordena dar trámite a la recusación interpuesta por el apoderado de la disciplinada Alba Carlina Rodríguez Flórez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia. Así mismo, deberá tramitar dicha recusación sometiendo el proceso a reparto ante los funcionarios competentes, dentro del mismo término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia. También corresponde a esta Corporación advertirle a la Juez que en el trámite de la investigación disciplinaria le de estricta aplicación a las reglas y principios propios de este procedimiento.

Tercero: **REMITIR COPIAS** de la presente providencia a la Corte Suprema de Justicia -Sala Penal-, al Tribunal Superior de Distrito -Sala Penal-, al Juzgado Penal de Circuito de Zipaquirá, y al Juzgado Promiscuo Municipal de Chía.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Decisión adoptada mediante Auto No. 36, de diciembre 3 de 2001.

2 En este sentido, la jurisprudencia reitera sistemáticamente, lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que dispone: “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.” Ver también las Sentencias T-03/92 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) C. No. 3, C-018/93 (M.P. Alejandro Matrtínez Caballero) F.J. No. 10.

3 La sentencia T-569/92 (M.P. Jaime Sanín Greiffenstein), refiriéndose a la procedencia de la tutela frente a otras acciones, estableció: “De allí que tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”

4 Esta posición ha sido sostenida por la Corte Constitucional desde sus primeras sentencias. En la T-03/92 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), la Corte protegió este derecho a una

persona que había sido elegida como contralora departamental, pero el gobernador se había negado a darle posesión por falta de una ley que estableciera cuándo debían iniciar funciones los contralores departamentales. La Corte sostuvo que como la Constitución establecía períodos iguales y concurrentes entre contralores departamentales y gobernadores, y disponía que estos últimos empezaban funciones el 2 de enero de 1992, debía entenderse que en esa misma fecha iniciaban labores también los primeros, y resultaba innecesaria la expedición de una ley para hacer efectivo el derecho. En la medida en que la Constitución regulaba la materia, y se daban todas las condiciones individuales necesarias para el ejercicio del derecho de acceder a ese cargo público específico, la Corte ordenó al gobernador dar posesión a la demandante. Por otra parte, el reconocimiento del interés subjetivo como requisito sine qua non para otorgarle eficacia al derecho fundamental de ejercer cargos públicos constituye la ratio iuris sobre la cual la Corte ha sustentado la procedencia de la acción de tutela cuando se vulnera el orden de la lista de elegibles en los concursos de la rama ejecutiva y de la rama judicial, pese a que contra el acto de nombramiento procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Contrastar este aspecto en la evolución de la línea jurisprudencial que va de la Sentencia T-422/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) F.J. No. 4; pasando por la Sentencia SU-458/93 (M.P. Jorge Arango Mejía) F.Js. 1 y 2; hasta las Sentencias T-256/95 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) Consideración No. 2.2; y las SU-133 y SU-136 de 1998, (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

5 Al respecto, la Sentencia T-441/92 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) estableció: “La suspensión provisional, suspende los efectos de un acto negativo pero no tiene la virtud de hacer producir un acto positivo, ni mucho menos puede indemnizar o reparar un perjuicio ocasionado.”