

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente: Ana Julieta Arguelles Daraviña

Proyecto aprobado según acta No. 058

T2-008-2024-00030-01

Santiago de Cali, veintidós (22) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

Sería del caso resolver la impugnación propuesta por el accionante **Manuel Francisco Arango Zambrano** contra la sentencia de tutela de primera instancia No. 31 del 16 de abril de 2024, mediante la cual el Juzgado Octavo Penal de Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali declaró improcedente la acción de tutela elevada contra la Comisión de la Carrera Especial - Fiscalía General de la Nación, de no ser porque se observan irregularidades que impiden su estudio de fondo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1.- Los supuestos fácticos fueron resumidos en la sentencia de primera instancia de la siguiente manera:

“Motivo de presunta vulneración: No le hacen el nombramiento de Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializado, al cual considera tiene derecho por haber pasado el Concurso convocado mediante Acuerdo No. 01 del 20 de febrero de 2023 “Por el cual se convoca y establecen las reglas del concurso de méritos para promover 1.056 vacantes definitivas en las modalidades de ascenso e ingreso, de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación pertenecientes al Sistema Especial de Carrera” ocupando la posición No. 13, siendo que los cargos ofertados eran 16, al momento de los hechos informa que adquirió firmeza la lista de elegibles desde ello, sin embargo, ha transcurrido alrededor de un mes y el término para el

nombramiento era de 20 días. Informa sobre su situación económica y la de su familia, así como que dado ello no se encuentran vinculados a la seguridad social en salud, afectándose con ello todos los derechos deprecados en la acción tutelar.

Pretensiones: Que se realicen de manera inmediata todos los trámites para su nombramiento.”

2.- Mediante auto del 4 de abril de 2024, el Juzgado Octavo Penal de Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, avocó la tutela presentada por Manuel Francisco Arango Zambrano, quien acude al trámite constitucional a nombre propio, así como de sus hijos menores de edad y menciona actuar también a nombre de su esposa Angie Lorena Ramírez Zapata, contra la Comisión de la Carrera Especial - Fiscalía General de la Nación y vinculó solamente a la Unión Temporal Convocatoria FGN 2022, integrada por: Fundación Universidad Libre y Las Empresas Privadas Talento Humano – Gestión SAS Y Temporal SAS, disponiendo además que: *“NO SE ORDENARÁ a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – COMISIÓN ESPECIAL DE CARRERA, que se publique el presente auto en el apartado dispuesto en su página web para la convocatoria mencionada, dado que, aparecen como accionantes menores de edad”*. De otro lado, negó la media provisional invocada.

3.- Luego de recibidos los correspondientes informes y contestaciones de las accionadas, así como las vinculadas, mediante sentencia de Primera Instancia No. 31 del 16 de abril de 2024, el Juzgado Octavo Penal de Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, declaró improcedente la acción de tutela, bajo las siguientes consideraciones:

Luego de superadas las etapas del concurso respectivo, se elaboraron las listas de elegibles en las que el accionante quedó en los primeros puestos para ocupar el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializado, quien pretende que a través de la tutela se ordene su nombramiento inmediato, no obstante como el procedimiento está regulado por actos administrativos, podrá acudir ante la jurisdicción ordinaria para

reclamar lo pretendido, en donde podrá solicitar las medidas cautelares que considere, por lo que la tutela se torna improcedente.

Máxime cuando no se acreditó la ocurrencia un perjuicio irremediable y si el accionante requiere de alguna atención médica, ésta deberá ser garantizada por la EPS a la que se encuentre adscrita en calidad de cotizante o dado el caso, por la que le sea asignada en el régimen subsidiado, una vez acuda ante la Oficina del Sisbén correspondiente.

Resaltó que es lógico que deban agotarse unos procedimientos establecidos en el Acuerdo que regula el concurso para realizar los nombramientos de las listas, los que se encuentran en trámite por parte de la Comisión de la Carrera Especial – Fiscalía General de la Nación, así que independientemente de la posible afectación económica del actor, no implica que se vulneren derechos.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante impugnó la decisión de primera instancia, en suma argumentando que el *a quo* no tuvo en cuenta todas las condiciones expuestas, con las que se demuestra que sí existe vulneración de sus derechos fundamentales y los de su familia.

Dado que el hecho de que no se lo nombre al cargo al que tiene derecho por estar en el puesto 13 de la lista de elegibles, habiendo transcurrido más del término legal establecido, contado desde la firmeza de la lista, ni haber iniciado si quiera el estudio de seguridad, a pesar de estar desempleado, con deudas y obligaciones familiares por pagar, conlleva a que sus garantías se vean afectadas.

Por lo anterior, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y se ordene a la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, proceda a efectuar de manera inmediata todos los trámites necesarios para su nombramiento en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales de Circuito Especializados, en la ciudad de Santiago de Cali,

de acuerdo con el derecho que le otorga estar en la lista de elegibles de que trata la Resolución No. 0072 del 5 de marzo de 2024.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A.- Competencia. - Este Tribunal es competente para conocer de la impugnación presentada contra el fallo de primera instancia No. 31 del 16 de abril de 2024, mediante la cual el Juzgado Octavo Penal de Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, declaró improcedente la tutela invocada por Manuel Francisco Arango Zambrano, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el decreto 2591 de 1991.

B.- Problemas Jurídicos.

En primer lugar, debe la Sala determinar si todas las entidades y/o personas naturales que puedan verse afectadas por la decisión, fueron integradas como litis consortes necesarios, o al no haberse procedido así se ha configurado una causal de nulidad.

De superarse ese previo examen, la Sala debe establecer si como lo decretó el Juez de Primera Instancia, la tutela es improcedente para ordenar a la Comisión de la Carrera Especial - Fiscalía General de la Nación, que proceda de manera inmediata a nombrar en propiedad a quien aparece en la lista de elegibles.

C.- Caso concreto. -

Correspondería, como se dijo antes, a la Sala desatar la impugnación interpuesta contra la sentencia primera instancia No. 31 del 16 de abril de 2024, proferida por el Juzgado Octavo Penal de Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, dentro de la acción de tutela elevada por Manuel Francisco Arango Zambrano, quien acude al trámite constitucional a nombre propio, así como de sus hijos menores de edad y menciona actuar también a nombre de su esposa Angie Lorena Ramírez Zapata, contra la Comisión de la Carrera Especial - Fiscalía General de la Nación, si no fuera

porque se observa que, durante su trámite y decisión, se incurrió en irregularidad sustancial que afecta de nulidad la actuación surtida.

En efecto, la Corte Constitucional¹ ha sostenido que en el trámite de la acción de tutela, la debida integración del contradictorio asegura que la autoridad judicial despliegue toda su atención para determinar la posible vulneración de los derechos fundamentales que aduce la parte accionante y adopte su decisión convocando a todas las personas que activa o pasivamente se encuentren comprometidas en la parte fáctica de una tutela; por lo tanto, la falta de notificación de las providencias proferidas en un proceso de tutela a una parte o a un tercero con interés legítimo, lo mismo que su falta de vinculación al proceso, generan una irregularidad que vulnera el derecho al debido proceso. Al respecto la Alta Corporación subrayó:

“En punto del asunto que nos ocupa, este Tribunal se ha encargado de diferenciar lo que se ha entendido por partes y terceros con interés. Se ha dicho que el “concepto de parte tiene una doble acepción según se la examine desde el punto de vista puramente procesal o teniendo en cuenta el derecho material en discusión. En el primer caso, son partes quienes intervienen en el proceso como demandantes o demandados, en procura de que se les satisfaga una pretensión procesal, independientemente de que les asista razón o no; de manera que desde este punto de vista la noción de parte es puramente formal. En sentido material tienen la condición de partes los sujetos de la relación jurídica sustancial objeto de la controversia o motivo del reconocimiento, así no intervengan en el proceso”².

Por el contrario, de los terceros se dijo que son aquellos que “no tienen la condición de partes. Sin embargo, puede ocurrir que dichos terceros se encuentren vinculados a la situación jurídica de una de las partes o a la pretensión que se discute, al punto de que a la postre puedan resultar afectados por el fallo que se pronuncie. (...) En este evento, el interés del cual son titulares los legitima para participar en el proceso, con el fin de que se les asegure la protección de sus derechos”³.

Si bien no existe una norma expresa que consagre la obligación de notificar las providencias de tutela a los terceros con interés legítimo, tal trámite judicial es aplicable al proceso de tutela en virtud del artículo 29 de la Constitución, pero para que tal obligación se radique en cabeza del juez de tutela debe constar de manera expresa o desprenderse del expediente la existencia del tercero o terceros interesados⁴.

¹ Auto O71A del 22 de febrero de 2016. MP. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

² Auto 027 de 1997.

³ Ibidem. Resaltado y subrayado fuera del texto.

⁴ Ver Auto 109 de 2002.

[...] *En virtud de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha considerado que se presenta causal de nulidad por violación del debido proceso cuando en el trámite de la acción de tutela se omite notificar de la iniciación del mismo a los terceros con interés legítimo que pudieran verse afectados con el fallo a proferirse*⁵.

También ver auto Auto 828/21 Corte Constitucional.⁶

En el presente caso, se evidencia que se ha incurrido en un error que tiene relación directa con la *indebida integración del contradictorio*, por dos factores, el primero y más importante, por cuanto no se vinculó a este trámite constitucional a todas las personas que tienen un nexo, no solo fáctico sino también jurídico, con la exposición y problema planteado por el accionante en sede de control concreto de Constitucionalidad.

De un lado, no se desconoce que la acción de tutela fue dirigida contra la Comisión de la Carrera Especial - Fiscalía General de la Nación, la que fue adecuadamente integrada al Litis y notificada, sin embargo, el *a quo* voluntariamente decidió no vincular a los integrantes de la lista de elegibles al cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializado del Concurso de Méritos FGN 2022, bajo el argumento que “*aparecen como accionantes menores de edad.*”⁷

Al respecto, debe señalarse que si bien se entiende el ámbito de protección hacia los menores de edad que pretendió dar la primera instancia, no se comparte el método utilizado, puesto que este al ser uno de los más extremos, impidió que otras personas - que claramente tienen interés -, no pudieran ejercer su derecho a la contradicción o participación de la acción constitucional.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia de Unificación 116 del 8 de noviembre de 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁶ Bajo este entendido, en el auto 583 de 2015, este tribunal señaló que el **interés legítimo** implica “(...) la vinculación de todas las personas que[,] por tener interés directo en el debate[,] están llamadas como sujetos activos o pasivos y, por consiguiente, en el curso o al final de la acción[,] se dirigen las órdenes tendientes a la protección de derechos fundamentales. (...) De lo anterior se colige que la intervención de un tercero en el proceso de tutela puede desplazar a quien tenía la calidad de parte y convertirlo en el titular de los derechos fundamentales invocados, con exclusión del accionante primigenio, o, lo que es más frecuente, constituirlo en el obligado a responder por la vulneración de derechos, excluyendo a quienes inicialmente fueron convocados como accionados. En otros eventos, el vinculado se contará como otro accionado sobre el cual recaerán las consecuencias del amparo constitucional, pues a pesar de no haber sido señalado por el accionante como el llamado a resarcir sus derechos amenazados o vulnerados, la sustancial y estrecha relación entre causa y efecto, conlleva su concurrencia al proceso.”

⁷ Auto del 4 de abril de 2024.

Lo anterior, por cuando considera la Sala que, existen otras medidas adoptables menos restrictivas, a saber, la anonimización de los datos de los menores de edad, bien sea excluyendo de los anexos los registros civiles de nacimiento e historias clínicas de los infantes, o mejor aún censurando de los archivos PDF que contienen la demanda y anexos, los nombres y datos de los infantes.

En congruencia con lo anterior, como el actor menciona estar en el puesto trece de la lista de elegibles, puede también limitarse la vinculación – eso sí con las censuras previamente descritas –, únicamente a las personas que estén en las doce primeras casillas de la lista citada y no a todo el conglomerado del concurso de méritos, ya que en últimas serían las primeras las que, dado el caso, se llegarían a afectar por el nombramiento inmediato del actor que se encuentra ubicado detrás de ellos.

Ahora, como se ha mencionado es claro que cuando menos las personas que están mejor ubicadas en la lista de elegibles que el actor – si es que la primera instancia no considera que toda la lista –, podrían verse afectadas o en todo caso sometidas a la decisión que llegue a tomarse, ante la eventual orden de nombramiento inmediato de Manuel Francisco Arango Zambrano al cargo en propiedad de Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializado, es que refulge clara la obligación de su vinculación al trámite constitucional.

En ese orden, resulta necesario que no solo la Comisión de la Carrera Especial - Fiscalía General de la Nación, sino que todos los actores – con las limitaciones que llegue a considerar el *a quo* – que tienen una relación directa con el probable nombramiento en propiedad al cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializado, dentro del concurso de la Fiscalía, que reclama la parte actora, estén vinculados al contradictorio, no solo para que ejerzan su derecho de defensa sino también para que alleguen mejores elementos probatorios y de juicio a fin de adoptar una decisión de fondo en el presente asunto, donde se discute una vulneración al debido proceso y otros derechos fundamentales.

Frente a la indebida conformación del contradictorio, el Tribunal Constitucional planteó:

“Tal como se indicó en el apartado pertinente de esta decisión, la indebida integración del contradictorio en el proceso de tutela de las personas que podrían resultar afectadas por la decisión, genera una violación del debido proceso y el derecho de defensa, ocasionando una deficiencia en la protección de los derechos fundamentales del accionado, que podría conllevar a la nulidad saneable del proceso de tutela. Empero, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional⁸, dicha nulidad puede subsanarse de dos formas: (i) ordenando al juez de primera instancia que rehaga la actuación judicial o (ii) disponiendo, la misma Corte, la integración del contradictorio, siempre y cuando las circunstancias especiales del caso concreto lo ameriten⁹”¹⁰.

En este punto es menester anotar, que la Sala no puede asumir la segunda opción propuesta por la Corte en su jurisprudencia, esto es, la integración del contradictorio en segunda instancia, pues se comprobó que desde la génesis del trámite tutelar no se hizo una adecuada vinculación de las personas que hacen parte de la lista de elegibles al cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializado dentro del Concurso de Méritos FGN 2022, con las posibles limitaciones descritas, que tienen relación directa con el objeto de la problemática que llevó al accionante a interponer la presente acción.

Por ende, como no se llamó al trámite de la tutela a personas que pueden verse afectadas, y cuya participación no puede eludirse, la conclusión es que el *a quo* está en la obligación de vincular formalmente y notificar a las limitadas personas – que considere el *a quo* - que hacen parte de la lista de elegibles al cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializado dentro del Concurso de Méritos FGN 2022, con las censuras correspondientes de la información a correr traslado de los menores de edad, para que en ejercicio de sus derechos intervengan en el transcurso del trámite y expongan sus argumentos acerca de los hechos aquí narrados, pues pueden verse eventualmente afectados con la decisión que se adopte en sede constitucional.

⁸ Específicamente los Autos 288 de 2009 y 536 de 2015.

⁹ Autos 308 de 2007 y 150 de 2008.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia U – 034 del 3 de mayo de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Por otra parte, la Sala también pudo apreciar primigeniamente que Manuel Francisco Arango Zambrano, acudió a nombre propio, pero también de sus hijos menores de edad, para lo cual acreditó su representación con los registros civiles correspondientes, por lo que ninguna objeción habría, sin embargo, también relató actuar **a nombre de su esposa Angie Lorena Ramírez Zapata**, quien obviamente es mayor de edad, sin embargo no se aportó el poder especial requerido para que el primero actúe como su apoderado judicial, ni se mencionaron siquiera las condiciones especiales para que el accionante acuda al trámite tutelar como agente oficioso de la última, aspectos que huelga resaltarse, no fueron requeridos por la primera instancia para así subsanar lo correspondiente a la legitimación por activa.

Por lo tanto, como las irregularidades detectadas constituyen causal de nulidad que invalida la actuación, la Sala la decretará a partir del auto de sustanciación que dispuso avocar el conocimiento de la tutela, de fecha 4 de abril de 2024, para que se proceda con la vinculación de las limitadas personas – que considere el *a quo* - que hacen parte de la lista de elegibles al cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializado dentro del Concurso de Méritos FGN 2022, con las censuras correspondientes de la información de los menores de edad a correr traslado, con la acotación que permanecerán incólumes las respuestas, trámites y pruebas recaudadas en la actuación hasta antes del fallo emitido por el Juzgado Octavo Penal de Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali.

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN PENAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**,

RESUELVE¹¹:

Primero. - **DECRETAR LA NULIDAD** de lo actuado dentro de estas diligencias, a partir del auto que dispuso avocar la tutela de fecha 4 de abril de 2024, emitido por el Juzgado Octavo Penal de Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, con la acotación que permanecerán incólumes las respuestas, trámites y pruebas recaudadas en la actuación hasta antes del

¹¹ Este proyecto fue discutido y aprobado por correo electrónico por los magistrados de Sala Dres. Raúl Antonio Castaño Vallejo, César Augusto Castillo Taborda y Ana Julieta Arguelles Daraviña.

fallo, ordenándose la vinculación al trámite de tutela de las personas descritas en la decisión, por las razones expuestas en el cuerpo de este proveído.

Segundo. - **DEVOLVER** la actuación al Juzgado Octavo Penal de Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, para lo de su cargo.

Tercero. - Esta decisión no admite recurso.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE:


ANA JULIETA ARGUELLES DARAVIÑA
Magistrada Ponente


RAÚL ANTONIO CASTAÑO VALLEJO
Magistrado


CÉSAR AUGUSTO CASTILLO TABORDA
Magistrado