COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/565/14

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/565/14
Expediente	—
Fecha	2014-07-29
Sala	Sala Civil
Magistrado ponente	Jaime Araujo Rentería
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Ejercicio Del Ius Variandi Por Parte De La Administracion En Plantas De Personal De Caracter Global Y Flexible
- Accion De Tutela Como Mecanismo Para Controvertir Decisiones De La Administracion Publica Referentes A Traslados
- Accion De Tutela Respecto De Traslados Laborales

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Las entidades que hacen parte del sector público, en particular en aquellas que cuentan con una planta de personal global y flexible, la Corte Constitucional ha señalado que el margen de discrecionalidad con el que cuenta el empleador

Texto completo

T-565-14 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-565/14 EJERCICIO DEL IUS VARIANDI POR PARTE DE LA ADMINISTRACION EN PLANTAS DE PERSONAL DE CARACTER GLOBAL Y FLEXIBLE- Reiteración de jurisprudencia E n el caso de las entidades que hacen parte del sector público, en particular en aquellas que cuentan con una planta de personal global y flexible, la Corte Constitucional ha señalado que el margen de discrecionalidad con el que cuenta el empleador para ejercer la facultad del ius variandi es más amplio, en la medida en que debe privilegiarse el cumplimiento de la misión institucional que les ha sido encargada sobre los intereses particulares de los afectados, todo con miras a atender de la mejor manera las necesidades del servicio.

ACCION DE TUTELA COMO MECANISMO PARA CONTROVERTIR DECISIONES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA REFERENTES A TRASLADOS- Reiteración de jurisprudencia Excepcionalmente, la acción de tutela puede resultar procedente para efectos de controvertir decisiones relacionadas con la reubicación de servidores públicos, siempre que se acredite que esa decisión fue adoptada de manera arbitraria -bien porque no fueron tenidas en cuenta condiciones relevantes de la realidad del trabajador o porque ésta constituye una desmejora de su situación laboral-, y que ella genera una afectación de los derechos fundamentales del trabajador o de su familia.

EJERCICIO DEL IUS VARIANDI POR EMPLEADOR PRIVADO O PUBLICO- No puede desconocer derechos fundamentales de persona que presta un servicio público ACCION DE TUTELA RESPECTO DE TRASLADOS LABORALES- Improcedencia por cuanto la decisión de traslado se fundó en las necesidades propias del servicio, además no se encuentra debidamente acreditada la ruptura del núcleo familiar alegada por la accionante Referencia: Expediente T-4.291.943 Acción de tutela instaurada por Zonia Nohemí Hernández Gamboa, en nombre propio y en

representación de su menor hija Brigitte Alejandra Romero Hernández, contra la Fiscalía General de la Nación Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil catorce (2014) La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente, SENTENCIA En el proceso de revisión de los fallos de tutela emitidos por la Sala Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el 22 de octubre de 2013 y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 12 de febrero de 2014, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES El 7 de octubre de 2013, la señora Zonia Nohemí Hernández Gamboa, actuando en nombre propio y en representación de su menor hija Brigitte Alejandra Romero Hernández, formuló acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación , por la presunta vulneración de sus derechos a tener una familia y a no ser separado de ella, con base en los siguientes, 1.

Hechos 1.1. La señora Zonia Nohemí Hernández Gamboa se vinculó a la Fiscalía General de la Nación el 6 de mayo de 2003. Para ese momento, según se afirma en la demanda, la accionante vivía en el municipio de Santa Rosa de Viterbo con sus padres y una hermana.

1.2. Hasta el mes de diciembre de 2003, la actora prestó sus servicios en la ciudad de Duitama. Posteriormente, fue trasladada al municipio del Cocuy, en donde permaneció 3 años desempeñándose como Asistente Judicial IV.

1.3. Por considerar que ese traslado afectaba sus condiciones personales, la accionante solicitó el cambio de seccional de la Unidad de Fiscalías de Santa Rosa de Viterbo a la de Tunja, por lo que desde el mes de octubre de 2007 está adscrita a esta última Unidad.

Desde ese momento, ha sido asignada para trabajar en distintos municipios, específicamente, en Santana, Tunja y Moniquirá. 1.4. El 1 de enero de 2011, la actora dio a luz a su hija Brigitte Alejandra Romero Hernández, quien desde ese momento ha vivido con sus abuelos y su tía en el municipio de Santa Rosa de Viterbo.

1.5. Mediante Resolución No. 0088 de 5 de febrero de 2013, la accionante fue traslada de la Fiscalía Octava Delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos de Moniquirá a la Fiscalía Treinta y Uno Delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos de Chiquinquirá , lugar en el que se encuentra actualmente desempeñando el cargo de Asistente Judicial IV, con una asignación mensual, para el mes de octubre del año 2013, de $1.718.627, más una bonificación judicial por valor de 247.968 [1] .

1.6. El 29 de julio de 2013, la accionante, conjuntamente con un funcionario adscrito a la Unidad de Fiscalías de Santa Rosa de Viterbo que presta sus servicios para la Fiscalía 9 Local de Paz de Ariporo, Casanare, presentó una solicitud dirigida a los Directores Seccionales de las Unidades de Fiscalías de Tunja y de Santa Rosa de Viterbo, a fin de que se autorizara una especie de “permuta” entre los peticionarios, de manera que el funcionario señalado fuera designado en el cargo de la señora Hernández Gamboa, mientras ella lo era a un municipio cercano al lugar de residencia de su menor hija. De no ser ello posible, se solicitó que se autorizara el “traslado entre seccionales” .

1.7. En respuesta a esta solicitud, el Director Seccional de Fiscalías de Tunja, mediante Oficio no. DSFT-1620 de 20 de agosto de 2013, indicó a la accionante que no era posible acceder a su petición teniendo en cuenta el carácter global y flexible de la planta de personal de la Fiscalía y el hecho de que las necesidades del servicio exigen la presencia de la señora Hernández Gamboa en el municipio de Chiquinquirá, ya que allí existe un déficit de funcionarios. Además, el

Director resaltó el hecho de que la actora no había interpuesto los recursos de ley previstos para controvertir el acto administrativo que ordenó su traslado.

1.8. El 20 de agosto de 2013, los peticionarios formularon la misma solicitud a la Fiscalía General de la Nación, mediante un escrito en el que indicaron que el Director Seccional de Fiscalías de Tunja había manifestado “su total disposición a colaborar siempre y cuando la dirección de Santa Rosa de Viterbo tuviera la disposición de hacerlo” , mientras que el Director de esta última seccional, si bien no había dado respuesta por escrito a la petición radicada el 29 de julio de ese mismo año, había expresado verbalmente la “imposibilidad total de podernos colaborar a ese nivel, dado las carencias de personal a nivel asistencial para esa seccional” .

1.9. Mediante Oficio OPER 20133100057041 de 9 de septiembre de 2013, la Coordinadora del Grupo Planta de la Fiscalía General de la Nación dio respuesta a la solicitud señalada en el numeral anterior, indicando que no era posible acceder a la petición de traslado en tanto, de acuerdo con la Circular No. 0018 de agosto 23 de 2013, ese tipo de solicitudes están “congeladas” mientras se adelanta el proceso de reestructuración de la entidad previsto en la Ley 1654 de 2013, salvo que exista una situación urgente y excepcional que demande una atención inmediata, lo cual no tiene lugar en este caso.

2. La solicitud de tutela Con fundamento en los hechos atrás señalados, la señora Zonia Nohemí Hernández Gamboa, actuando en nombre propio y de su menor hija Brigitte Alejandra Romero Hernández , solicita la protección de sus derechos a tener una familia y a no ser separado de ella .

Específicamente, la demandante pide que se le ordene a la Fiscalía General de la Nación que disponga su “traslado a una unidad de fiscalía ubicada en el municipio de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá) en el mismo cargo que actualmente ocupo”.

3. Argumentos en los que se fundamenta la solicitud La peticionaria manifiesta que el hecho de que durante los últimos años haya tenido que permanecer lejos de su menor hija, comporta una vulneración de sus derechos fundamentales, ya que, como consecuencia de ello, la niña presenta episodios de rebeldía y rechazo hacia su madre, así como “desmotivación, inseguridad, miedo y ansiedad” , de lo cual dan cuenta los informes rendidos por los docentes de la Institución Educativa Rafael Reyes, a donde asiste la menor esporádicamente desde el 8 de julio de 2013.

Afirma que sus recursos económicos solo le permiten visitar a la niña un fin de semana cada quince días y que con ellos no podría costear los gastos que generaría el llevarla a vivir al municipio de Chiquinquirá, ya que con los ingresos que recibe debe velar por la manutención, no solo de su hija, cuyo padre no responde por sus obligaciones, sino también de sus progenitores -Carlos Arturo Hernández Flechas, de 68 años, y Miryam Beatriz Gamboa Bastidas, de 61 años-, y de su hermana, de 36 años de edad, quien, según aduce, es estudiante universitaria. Además, con ese dinero debe cubrir también el pago de la carrera de Psicología que adelanta en la Universidad Nacional y a Distancia (UNAD), sede Duitama, a donde asiste cada quince días.

Por todo lo anterior, considera que la solución a esta problemática está en que se disponga su traslado a Santa Rosa de Viterbo, ya que allí podría vivir con su hija, sus papás y su hermana, sin tener la necesidad de incurrir en el pago de arrendamiento y en otros gastos derivados del hecho de residir lejos de ese municipio.

Finalmente, sostiene que la razón por la cual no interpuso recurso contra el acto administrativo que ordenó su traslado de Moniquirá a Chiquinquirá fue que, al manifestar verbalmente su inconformidad por este hecho al Director de la Unidad de Fiscalías de Tunja, este funcionario le indicó que en “el término de 2 meses como máximo me acercaría, así fuera para Tunja” , lo cual, a la postre, no ocurrió.

4. Intervención de la Fiscalía General de la Nación La Fiscalía General de la Nación afirma que la organización administrativa de la entidad en materia de traslados, dota de autonomía a las seccionales de las cuales dependen los servidores en lo relacionado con su área de influencia, de manera que, por ejemplo, el Director Seccional de Fiscalías de Tunja solo puede disponer traslados al interior de esa área; si la solicitud involucra lugares distintos, debe tramitarse "desde el nivel central" , y solo puede estar fundada en razones de salud, de seguridad o familiares.

En este caso, sostiene que la señora Hernández Gamboa no ha acudido al procedimiento regular para solicitar su traslado, el cual es reglado, de tipo administrativo y exige, entre otras cosas, que exista una plaza vacante en el lugar al que se pretenda ser trasladado. De esta manera, no hay "siquiera una actuación administrativa generada ni una resolución o acto administrativo de carácter personal que viabilice el traslado de la accionante, […] no hay gestión procedente de parte de la accionante para que la autoridad administrativa competente analice las condiciones del traslado […]." Finalmente, y en cuanto a las afectaciones psicológicas que, de acuerdo con la accionante, estaría padeciendo su menor hija, sostiene que "la realidad psicoactiva de la menor no tiene origen o causa en el expectativa de traslado de la accionante, por cuanto se advierte de los hechos que durante todo el ciclo laboral de la servidora en diversos asientos geográficos la menor ha sido asistida con apoyo psicológico profesional y con el auxilio moral de su familia".

Por lo anterior, solicita que se deniegue la acción de tutela formulada por la señora Zonia Nohemí Hernández Gamboa. 5. Pruebas relevantes aportadas al proceso a.

Copia del Registro civil de nacimiento de la menor Brigitte Alejandra Romero Hernández, en donde consta que la niña nació el día 1 de enero de 2011 en la ciudad de Duitama, Boyacá.

[2] b. Declaración juramentada rendida por los señores Carlos Arturo Hernández Flechas, Myriam Beatriz Gamboa Bastidas y Myriam Beatriz Hernández Gamboa ante el Notario Único del Círculo de Santa Rosa de Viterbo.

[3] c. Copia de la Resolución No. 0088 de 5 de febrero de 2013, mediante la cual el Director Seccional Administrativo y Financiero de Tunja dispuso el traslado de la señora Zonia Nohemí Hernández Gamboa de la Fiscalía Octava Delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos de Moniquirá a la Fiscalía Treinta y Uno Delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos de Chiquinquirá.

[4] d. Copia de la comunicación de 29 de julio de 2013, mediante la cual los señores Víctor Alejandro Vargas Cuevas y Zonia Nohemí Hernández Gamboa, solicitaron a los Directores Seccionales de Fiscalías de Santa Rosa de Viterbo y de Tunja, el traslado a poblaciones cercanas a los lugares de residencia de sus familias.

[5] e. Oficio No. DSFT-160 de 20 de agosto de 2013, mediante el cual el Director Seccional de Fiscalías de Tunja dio respuesta a la solicitud señalada en el numeral anterior.

[6] f. Copia de la comunicación que presentaron los señores Víctor Alejandro Vargas Cuevas y Zonia Nohemí Hernández Gamboa a la Fiscalía General de la Nación, el día 20 de agosto de 2013, con el fin de solicitar su traslado a poblaciones cercanas a los lugares de residencia de sus familias.

[7] g. Oficio de 16 de septiembre de 2013, mediante el cual la Coordinadora del Grupo Planta de la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación dio respuesta al derecho de petición referido en el numeral anterior.

[8] h. Copia del comprobante del salario que recibió la accionante en el mes de octubre del año 2013. [9] i. Informes sobre el comportamiento de la menor Brigitte Alejandra Romero Hernández, rendidos por docentes de la Institución Educativa Rafael Reyes, donde la niña cursa prejardín desde el 8 de julio de 2013.

[10] j. Documentos con los que la actora pretende acreditar sus gastos mensuales actuales y aquellos que supuestamente se generarían en caso de que se llevara a su hija a vivir con ella en el municipio de Chiquinquirá.

[11] k. Copia de la escritura pública de compraventa de un bien inmueble que adquirió la señora Hernández Gamboa en el municipio de Santa Rosa de Viterbo, en el mes de octubre del año 2012.

[12] II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN 1. Sentencia de primera instancia El 22 de octubre de 2013, la Sala Civil – Familia – Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Tosa de Viterbo, decidió declarar improcedente el amparo tutelar solicitado.

A juicio del a quo , la accionante tiene la posibilidad de acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir la "respuesta emitida por el Director Seccional de Fiscalía de Tunja a su petición de traslado, es decir, la contenida en el Oficio DSFT 1620 del 20 de agosto de 2013" . En este escenario, el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela exige que se demuestre que existe un perjuicio de carácter irremediable que haga procedente la acción de tutela, lo cual no fue acreditado en el presente caso.

En criterio del despacho, la señora Hernández Gamboa tiene la posibilidad de llevarse a la menor a vivir con ella en el municipio de Chiquinquirá, con lo cual se conservaría la unidad familiar que reclama. Y, "en que caso de que ello no fuera posible, debió acreditarlo, lo cual no se deduce de las pruebas aportadas al proceso, pues pese a que advierte que sostiene a sus padres y a su hermana, no se demuestra porque (sic) asume tales erogaciones en detrimento de lo requerido para convivir en su ciudad de trabajo con su menor hija, al punto que desde que nació la niña ha permanecido distanciada de ella, sin que el comportamiento reciente de la misma, según lo documentado, obedezca en exclusiva a la ausencia de su madre como así lo anuncia, advirtiendo en todo caso que desde siempre aquella ha contado en su proceso formativo con la presencia y afecto de sus familiares y con el apoyo psicológico necesario para su crecimiento armónico" .

Bajo las anteriores consideraciones, el Tribunal declaró improcedente el amparo solicitado. 2. Impugnación Dentro del término previsto para el efecto, la actora impugnó el fallo de tutela proferido en primera instancia.

Además de insistir en los argumentos planteados en la acción de tutela, la señora Hernández Gamboa sostiene que, al haber dispuesto su traslado al municipio de Chiquinquirá, sí se le está causando un daño grave a su menor hija, el cual fue valorado por una sicóloga del plantel educativo al que asiste la niña, quien señaló que sus comportamientos de rebeldía y apatía general son causados por el hecho de estar separada de su madre.

[13] De otro lado, afirma que "la cultura del occidente de Boyacá no es la más idónea en cuanto a valores y principios como con los que yo crecí, por eso la prelación de que se me traslade y pueda ejercer a cabalidad la patria potestad sobre mi hija" , lo cual considera que puede hacer en el municipio de Santa Rosa de Viterbo.

Reitera también que, con los ingresos que percibe como funcionaria de la Fiscalía debe atender muchos gastos, ya que a pesar de que la vivienda en la que residen sus padres y su hermana es propia, ella debe velar por su sostenimiento. Dentro de esos gastos se encuentra, además, el valor de un préstamo que solicitó para comprar "un inmueble ubicado en el municipio de Santa Rosa de Viterbo a nombre de la menor […] con el cual po[dremos] establecernos en nuestro propio hogar […]" .

En este contexto, insiste que no es viable que pueda llevarse a la menor a vivir con ella al municipio de Chiquinquirá, ya que, de un lado, sus gastos se incrementarían sustancialmente [14] , y, del otro, el bienestar de la niña exige que ella conviva también con los demás miembros de su familia, por lo que es necesario garantizar que todos permanezcan juntos.

3. Sentencia de segunda instancia Mediante providencia del 13 de febrero de 2014, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo impugnado, por considerar que no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela.

Para el ad quem , aun cuando en el expediente obran conceptos emitidos por una docente y una estudiante de sicología de la Institución Educativa Rafael Reyes respecto de algunos problemas de comportamiento que ha presentado la menor Brigitte Alejandra Romero, lo cierto es que la actora no acreditó el hecho de que le sea imposible llevar a su hija a vivir al municipio de Chiquinquirá para garantizar su derecho a la unidad familiar, así como tampoco demostró que la negativa del traslado obedezca a una decisión caprichosa o arbitraria de parte de la administración. Por el contrario, lo que se desprende de las pruebas allegadas al expediente es que la decisión de trasladarla se fundó precisamente en las necesidades propias del servicio, por lo cual se torna improcedente el amparo tutelar solicitado.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección número Cuatro , mediante auto de 9 de abril de 2014, dispuso su revisión por la Sala Tercera de la Corte Constitucional.

1. Competencia Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos proferidos en el trámite de la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes.

2. Problema jurídico De acuerdo con lo descrito en el acápite de antecedentes, corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar si se han vulnerado los derechos de la señora Zonia Nohemí Hernández Gamboa y de su menor hija Brigitte Alejandra Romero Hernández, a tener una familia y a no ser separado de ella, como consecuencia de la decisión que adoptó la entidad accionada de trasladar a la actora del municipio de Moniquirá al de Chiquinquirá, y de la negativa a acceder a la solicitud de cambio de seccional que la funcionaria presentó.

Con tal propósito, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional en relación con (i) el ejercicio del ius variandi específicamente para el caso de las plantas de personal globales y flexibles; y (ii) la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir decisiones de traslados de servidores públicos; para luego, finalmente, (iii) efectuar el análisis del caso concreto.

3. El ejercicio del ius variandi en las plantas de personal globales y flexibles. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el ius variandi es “una de las manifestaciones del poder de subordinación que ejerce el empleador sobre sus empleados” [15] , que se concreta en la facultad de variar o de modificar las condiciones en las que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, las condiciones de modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo .

Dentro de los aspectos susceptibles de variación a través de esta figura, está el del cambio de lugar de ejecución del contrato laboral el cual debe obedecer a razones objetivas y válidas que lo hagan ineludible o, al menos, justificable.

E n el caso de las entidades que hacen parte del sector público, en particular en aquellas que cuentan con una planta de personal global y flexible, la Corte Constitucional ha señalado que el margen de discrecionalidad con el que cuenta el empleador para ejercer la facultad del ius variandi es más amplio, en la medida en que debe privilegiarse el cumplimiento de la misión institucional que les ha sido encargada sobre los intereses particulares de los afectados, todo con miras a atender de la mejor manera las necesidades del servicio.

Así, ha indicado esta Corporación que “[l]as plantas de carácter global y flexible, facilitan movimiento de personal con miras a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y en virtud de ellas, les asiste a las entidades un mayor grado de discrecionalidad para ordenar las reubicaciones territoriales de trabajadores cuando así lo demande la necesidad del servicio, lo cual no riñe en sí mismo con preceptos superiores.” [16] La Fiscalía General de la Nación es, precisamente, una de las instituciones que cuenta con planta global y flexible, lo cual se traduce en que allí opera una mayor discrecionalidad para ordenar traslados territoriales. Esta facultad, se encuentra expresamente prevista en el artículo 4 del Decreto 16 de 2014, “Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación” , el cual establece que el Fiscal General puede “[d]istribuir, trasladar y reubicar los empleos dentro de las plantas globales y flexibles de la entidad y determinar sus funciones, de acuerdo con las necesidades del servicio” .

Dicha facultad también había sido consagrada en las normas que con anterioridad regulaban la materia, específicamente en los artículos 11 de la Ley 938 de 2004 [17] y 17 del Decreto Ley 261 de 2000 [18] .

Sobre este particular, ha dicho esta Corporación: "[…] en el sector público existen ciertas entidades que en razón de las funciones que les corresponde cumplir, necesitan una planta de personal global y flexible y, por lo tanto, requieren de un mayor grado de discrecionalidad en materia de traslados.

Dentro de este grupo de entidades se encuentra la Fiscalía General de la Nación, la cual en ejercicio de la mencionada facultad discrecional, puede determinar la reubicación territorial de sus funcionarios y empleados, con el fin de mejorar la prestación del servicio […]." [19] No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional también ha establecido que la facultad de modificar las condiciones de los trabajadores, aún en este tipo de entidades, no tiene carácter absoluto, sino que ella se encuentra limitada por las disposiciones de orden superior que protegen al trabajador de manera que éste desarrolle sus funciones en condiciones dignas y justas (artículos 25 y 53 C.P.) [20] . En ese sentido, el empleador no goza "de atribuciones omnímodas que toman al trabajador como simple pieza integrante de la totalidad sino como ser humano libre, responsable y digno en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva a cargo del patrono" [21] .

A partir de esa consideración, la Corte Constitucional ha señalado que al momento de adoptar una decisión de traslado, la entidad debe considerar los siguientes aspectos:

"a) el traslado debe efectuarse a un cargo de la misma categoría y con funciones afines; b) para la concesión o la orden de traslado debe atenderse a las consecuencias que él puede producir para la salud del funcionario; y c) en circunstancias muy especiales la administración debe consultar también los efectos que la reubicación del funcionario puede tener sobre el entorno del mismo" [22] .

De manera que, si bien el traslado geográfico o locativo es parte de la facultad que tiene la entidad pública de variar algunos aspectos de la prestación del servicio por parte del trabajador, ella debe ser ejercida consultando las necesidades reales que plantea la misión institucional a cargo del empleador público, y bajo el entendido de que ese traslado no puede significar ni el desmejoramiento de las condiciones laborales del servidor ni tampoco la afectación de sus derechos y garantías fundamentales.

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir decisiones que resuelven traslados; reiteración de jurisprudencia. 4.1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de defensa judicial, cuyo objetivo principal es " la protección inmediata de [los] derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública " , o por la de los particulares en los casos que determine la ley.

En los términos del mandato constitucional en cuestión, "esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

En ese sentido, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario y residual, de manera que ella solo procede cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial, o cuando, existiendo ese otro medio, la acción se ejerce como mecanismo transitorio ante la existencia o inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Dicho perjuicio, a partir de los lineamientos de la jurisprudencia constitucional, debe ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; urgente, lo que significa que implica la adopción de medidas prontas o

inmediatas para conjurar la amenaza; e impostergable, es decir, se debe acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales [23] .

Adicionalmente, y con fundamento en lo previsto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela también será procedente cuando quiera que los recursos judiciales de defensa resulten ineficaces para el caso concreto, de manera que no permitan brindar una protección inmediata frente a la vulneración de los derechos involucrados.

En este caso, la tutela procede como mecanismo principal y definitivo de defensa, ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía [24] .

De esta manera , los supuestos en los cuales la acción de tutela resulta procedente han sido establecidos por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“ (i) Cuando no existe otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo, el mismo no resulta idóneo para resolver el caso concreto, eventos en los que la tutela procede como mecanismo principal de defensa ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía. Y (ii) cuando ésta se promueve como mecanismo transitorio, debiendo acreditar el demandante que el amparo constitucional es necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso la orden de protección tendrá efectos temporales, sólo hasta el momento en que la autoridad judicial competente decida en forma definitiva el conflicto planteado.” [25] Conforme lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, ante la existencia de otros medios de defensa judicial, la verificación de las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela debe ser evaluada en cada caso, para lo cual el accionante tiene la carga de demostrar y de sustentar las circunstancias que justifican que se está frente a la inminente configuración de un perjuicio irremediable o que el otro mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico para resolver el conflicto de que se trate, no resulta eficaz.

4.2. Ahora bien, dentro del contexto anterior, la Corte Constitucional se ha pronunciado en distintas oportunidades sobre la improcedencia general de la acción de tutela para controvertir las decisiones de traslado de servidores públicos.

En efecto, esta Corporación ha sostenido que, en principio, resulta improcedente que mediante el mecanismo de amparo constitucional se pretendan controvertir este tipo de decisiones, toda vez que el ordenamiento jurídico tiene previsto un mecanismo ordinario de defensa a través del cual es posible cuestionar los actos en los que se dispone el traslado de un funcionario o en los que se niega una solicitud para que éste se produzca.

Se trata, en particular, de la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho [26] , prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Además, de acuerdo con el artículo 229 de ese mismo Estatuto, en el trámite de esa acción el demandante tiene la posibilidad de solicitar, incluso antes de que sea notificado el auto admisorio de la demanda, que se decreten las medidas cautelares que sean necesarias para efectos de proteger y de garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Dentro de esas medidas, se encuentran previstas, por ejemplo, la de que se ordene mantener una situación o restablecerla al estado en el que se encontraba antes de la conducta que se acusa como vulnerante o amenazante, la de suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo, o la de que se adopten determinadas decisiones de parte de la administración.

Así, el mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico garantiza que el afectado pueda controvertir la decisión de traslado y solicitar la adopción de medidas urgentes para evitar que su aplicación genere la afectación de sus derechos e intereses.

No obstante lo anterior, esta Corporación ha reconocido que, excepcionalmente, la acción de tutela puede resultar procedente para efectos de controvertir decisiones relacionadas con la reubicación de servidores públicos, siempre que se

acredite que esa decisión fue adoptada de manera arbitraria -bien porque no fueron tenidas en cuenta condiciones relevantes de la realidad del trabajador o porque ésta constituye una desmejora de su situación laboral-, y que ella genera una afectación de los derechos fundamentales del trabajador o de su familia.

En este orden ideas, la Corte Constitucional ha señalado que "[…] para que el juez constitucional puede entrar a pronunciarse sobre una decisión de traslado laboral, se requiera lo siguiente: (i) que la decisión sea ostensiblemente arbitraria, en el sentido que haya sido adoptada sin consultar en forma adecuada y coherente las circunstancias particulares del trabajador, e implique una desmejora de sus condiciones de trabajo [27] y (ii) que afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar." [28] Sobre este último asunto, esta Corporación ha indicado que existiría una vulneración de garantías fundamentales en el ejercicio del ius variandi, cuando quiera que se presente alguno de estos supuestos:

"(1) que el traslado tenga como consecuencia necesaria la afectación de la salud del servidor público o de alguno de los miembros de su núcleo familiar, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido [29] ;

(2) cuando la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tiene como consecuencia necesaria la ruptura del núcleo familiar, siempre que no suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables [30] ;

(3) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia [31] ." [32] Como se observa, se trata de situaciones en las cuales se evidencia la imposición de cargas desproporcionadas e irrazonables para el trabajador y su familia, las cuales deben encontrarse probadas en el expediente [33] .

Precisamente, el incumplimiento de este requisito y la alegación de razones que no revisten esa condición de gravedad, ha llevado a la Corte Constitucional, en diversas oportunidades, a negar el amparo tutelar solicitado. Así ha ocurrido, por ejemplo, cuando el afectado argumenta la vulneración del derecho a la educación porque en razón al traslado él o algún miembro de su familia deba abandonar sus estudios [34] , o en algunos casos en los que se alega el desmejoramiento de las condiciones económicas por el aumento de los gastos personales y familiares en la nueva localidad [35] , por lo cual la Corte ha enfatizado que "[...] no toda implicación de orden familiar y económico del trabajador causada por el traslado tiene relevancia constitucional para determinar la procedencia del amparo, pues de lo contrario 'en la práctica se haría imposible la reubicación de los funcionarios de acuerdo con las necesidades y objetivos de la entidad empleadora' [36] […] evidentemente, toda reubicación laboral implica la necesidad de realizar acomodamientos en términos de la vida familiar y de la educación de los hijos y si se aceptara que estos ajustes fueran fundamento suficiente para suspender los traslados, en la práctica se impediría la movilidad de los funcionarios que es requerida por la administración pública y por las empresas privadas para poder cumplir con sus fines." [37] En consecuencia, es necesario que la situación de que se trate revista de tal contundencia y gravedad, que sea necesaria la intervención inmediata del juez constitucional para efectos de evitar la consumación del perjuicio.

Por lo demás, como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación, en entidades como la Fiscalía General de la Nación, en las que existe una planta de personal global y flexible, al ser mayor el grado de discrecionalidad para traslados, es más restringida la posibilidad de control que tiene el juez de tutela sobre los actos que dispongan la reubicación de los empleados [38] .

Con los presupuestos jurisprudenciales reseñados, procede entonces la Sala a efectuar el análisis del caso concreto. 5. Caso concreto 5.1. La señora Zonia Nohemí Hernández Gamboa, actuando en nombre propio y en representación de su

menor hija Brigitte Alejandra Romero Hernández, interpone la presente acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación, por considerar que esta entidad ha vulnerado sus derechos a tener una familia y a no ser separado de ella .

De acuerdo con los argumentos planteados en la acción de tutela, dicha vulneración deviene tanto de la decisión de disponer su traslado de la Fiscalía Octava Delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos de Moniquirá a la Fiscalía Treinta y Uno Delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos de Chiquinquirá , como de la negativa de la entidad accionada de ordenar su reubicación en un municipio cercano a Santa Rosa de Viterbo, lugar donde residen sus padres, su hermana y su menor hija.

Por su parte, la Fiscalía afirma que la actora no acudió a los mecanismos con los que contaba para controvertir la decisión de traslado al municipio de Chiquinquirá, que tampoco ha acudido al procedimiento administrativo establecido para efectos de solicitar el traslado de funcionarios entre seccionales y, finalmente, que las afectaciones psicológicas que pudiera estar presentando la menor Brigitte Alejandra no se derivan de “la expectativa de traslado de la accionante” .

Los jueces de instancia, coincidieron en afirmar que en este caso no se cumplió el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, toda vez que la señora Hernández Gamboa no ha acudido a los mecanismos ordinarios de defensa con los que cuenta en la jurisdicción contencioso administrativa y no se observa la configuración de un perjuicio de carácter irremediable.

5.2. Vistas las circunstancias fácticas del presente caso, la Sala encuentra que para controvertir el contenido de la Resolución No. 0088 de 5 de febrero de 2013, mediante la cual la Dirección Seccional de Fiscalías de Tunja dispuso el traslado de la actora del municipio de Moniquirá al de Chiquinquirá, la accionante, en efecto, cuenta con otro mecanismo judicial de defensa que le permitiría plantear sus pretensiones, mecanismo que, como se indicó en el acápite de consideraciones generales de la presente providencia, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo, este mecanismo no ha sido ejercido por la señora Hernández Gamboa, quien ha pretendido justificar su inactividad en el hecho de que, según aduce, de manera verbal se le habría informado que el traslado iba a tener un carácter meramente transitorio.

En este escenario, frente a la existencia de otros medios de defensa judicial, la procedencia de la presente acción de tutela está supeditada al hecho de que se encuentre demostrado, de un lado, que la decisión adoptada mediante la Resolución No. 0088 de 5 de febrero de 2013 fue arbitraria y, del otro, que ella comporta una vulneración de los derechos fundamentales de la señora Hernández Gamboa y de su menor hija, ya que generó la ruptura de su núcleo familiar .

En cuanto a lo primero, la Sala encuentra que, según se indicó en el acto administrativo señalado, la decisión de traslado adoptada por el Director Seccional Administrativo y Financiero de Tunja se fundó en la necesidad manifestada por la Dirección Seccional de Fiscalías de esa misma ciudad, de “redistribuir los funcionarios de la planta asignada a la Dirección a su cargo para una eficaz y pronta prestación del servicio” , de manera que ella estuvo motivada en las necesidades propias del servicio.

Además, ante las condiciones personales de la accionante, esa decisión no se muestra caprichosa, ya que cuando el trabajador público pertenece a una planta de personal global y flexible, la movilidad territorial por razones del servicio va inmersa dentro de los presupuestos o condiciones de su vinculación a la entidad, circunstancia que, por demás, es conocida por el trabajador desde el momento en que acepta el cargo.

En ese sentido, no se encuentra que la decisión de traslado haya sido arbitraria. Y en relación con lo segundo, esto es, en cuanto a la supuesta vulneración de los derechos fundamentales de la actora y de su menor hija, debe indicarse que, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corte, para que pueda afirmarse que existe una afectación del núcleo

familiar es necesario que el accionante demuestre que el traslado realmente amenaza o pone en riesgo la estabilidad de la familia, lo cual excluye aquellos eventos en los que se trata “simplemente [de] una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables” [39] .

Bajo esa premisa, la Corte Constitucional en distintas oportunidades ha negado el amparo tutelar por encontrar que no se cumplía cabalmente con esta exigencia.

Así, por ejemplo, en la Sentencia T-1498 de 2000 [40] , la Sala Tercera de Revisión analizó el caso de un funcionario de la Fiscalía General de la Nación que había sido trasladado de la ciudad de Armenia a la de Riohacha, situación que, según alegaba, generaba la ruptura de la unidad de su familia. En esa oportunidad, la Sala consideró que no estaba acreditada esa afectación en tanto no se conocían las condiciones reales en las que vivían antes del traslado y en cuanto no existía claridad sobre si era viable o no el desplazamiento de todos a la nueva localidad. En consecuencia, la Sala decidió negar el amparo deprecado.

En el mismo sentido, en la Sentencia T-770 de 2005 [41] , la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional se pronunció frente al caso de una persona que prestaba sus servicios como Secretaria Judicial I en la Unidad Local de Fiscalías del municipio de Fusagasugá, Cundinamarca, y había sido trasladada a la ciudad de Leticia, en el Amazonas. La peticionaria, alegaba que esa decisión comportaba una ruptura de la unidad familiar, como quiera que la alejaba de sus tres hijas menores de edad y de su madre, persona enferma y de avanzada edad, quienes siempre habían residido juntas en el municipio de Fusagasugá.

En ese caso, la Sala tampoco encontró probados los presupuestos necesarios para afirmar que, en efecto, la decisión de traslado comportaba un rompimiento de la unidad de la familia:

“[…] Se tiene que la sola orden de traslado, no comporta ni implica que los menores deban separarse de su señora madre con la que forman unidad familiar, pues siempre existe la posibilidad de que se desplacen con ella; lo que de no ser posible por otras circunstancias, no implica que la orden sea violatoria de los derechos fundamentales de los niños, porque como se vio, no es el simple contacto físico el que implica la unidad familiar. Por consiguiente, tampoco es de recibo el planteamiento de tal violación o amenaza de los derechos constitucionales de los menores a tener una familia y a disfrutar del amor y de la protección a que se refiere la Constitución Nacional al no ser separados de ella, por el hecho de ordenar el traslado; pues tendría que mediar, aparte de la orden legítima, otro factor que sea reprobable porque causa la alteración de la situación anterior, con una forzada e ilegítima ruptura de los vínculos domésticos y de familia entre los menores y sus familiares inmediatos por el cambio de asentamiento territorial de la familia”.

[42] Pues bien, aplicada esa regla de decisión al presente caso, la Sala encuentra que la alegada ruptura del núcleo familiar de la accionante no se encuentra debidamente acreditada, en particular, por el hecho de que antes de que la Fiscalía dispusiera el traslado de la actora al municipio de Chiquinquirá, ella ya se encontraba trabajando en un lugar distinto a aquél en el que reside su familia.

En efecto, para ese momento, la señora Hernández Gamboa prestaba sus servicios para la Fiscalía Octava Delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos de Moniquirá, municipio ubicado, aproximadamente, a dos horas de camino y a 107 kilómetros de distancia en ruta de Santa Rosa de Viterbo.

De esta manera, la decisión de traslado a Chiquinquirá, si bien ciertamente ubica a la actora en un municipio más distante de Santa Rosa de Viterbo (entre ellos hay aproximadamente tres horas de camino y 140 kilómetros de distancia en ruta), no comporta una modificación sustancial de sus condiciones en relación con la posibilidad de compartir con su núcleo familiar, ni tampoco determina que ella necesariamente deba separarse del mismo.

Lo que sí se encuentra probado en el expediente, es que la accionante nunca ha convivido con su hija sino que siempre ha residido en municipios distintos a ella [43] , ya que lleva más de diez años trabajando en sitios distintos a Santa Rosa de Viterbo y, por una decisión autónoma de la actora, la niña siempre ha permanecido en el hogar de sus abuelos.

En ese sentido, no encuentra la Sala que el acto de traslado contenido en la Resolución No. 0088 de 5 de febrero de 2013, haya comportado una verdadera variación de las condiciones familiares de la actora, sino que, en esencia, ellas siguen siendo las mismas. Anotando, además, que la distancia que existe entre el municipio de Chiquinquirá y Santa Rosa de Viterbo, y este último lugar y Moniquirá son muy similares, así como también lo son los costos de desplazamiento.

De esta manera, los eventuales problemas de comportamiento que ha venido presentando su menor hija, no necesariamente pueden atribuirse a la decisión de traslado de la actora, pudiendo estar relacionados, más bien, con el hecho de que la menor no vive con su mamá. Y aunque la accionante afirme que sus condiciones económicas no le permiten llevar a su hija a vivir con ella y que existen otro tipo de razones, si se quiere culturales o sociales, que le impiden reconstituir por esa vía la convivencia con la menor, los elementos probatorios que obran en el expediente llevan a considerar que tampoco existe una imposibilidad real de que se produzca este cambio.

En efecto, de un lado, en cuanto a la supuesta falta de recursos económicos para asumir la manutención de la menor en el municipio de Chiquinquirá, la Sala encuentra que una parte de los gastos que la accionante presenta como limitantes de sus ingresos no parecen referirse a imperiosas necesidades que deban ser asumidas inevitablemente por la actora, máxime cuando esto implica una afectación grave de los intereses de su menor hija. Tal sería el caso, por ejemplo, de los gastos de manutención de su hermana de 36 años, persona que no sufre de ningún tipo de discapacidad o de condición que le impida buscar su propio sustento, y quien por disposición legal solo tiene derecho a recibir alimentos en caso de que no se tenga a cargo ninguna otra persona [44] .

En todo caso, es importante anotar que, tal y como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional, el desmejoramiento de las condiciones económicas del trabajador, en razón a los gastos adicionales que debe sufragar al ser trasladado a una ciudad distinta de aquella en la cual habitaba, no es motivo suficiente para la procedencia de la acción de tutela, cuando no se encuentra establecida la afectación del mínimo vital [45] , de manera que si la accionante debe destinar una mayor parte de sus ingresos a la atención de necesidades como la vivienda o alimentación, eso no es suficiente para determinar la procedencia de esta solicitud de amparo.

Finalmente, en relación con este asunto, debe señalarse que si, como lo afirma la señora Hernández Gamboa, el padre de la niña no responde por sus obligaciones para con ella, de acuerdo con la Constitución y la ley, es deber de la actora iniciar las acciones legales que sean del caso para exigirle que lo haga, de manera tal que la menor cuente con todo lo necesario para garantizar el goce pleno de sus derechos.

[46] Ahora bien, de otra parte, y en cuanto a las razones de tipo cultural o social que la señora Hernández Gamboa plantea para afirmar la supuesta inconveniencia de llevar a la menor a vivir en Chiquinquirá, las cuales están relacionadas con su percepción de que la cultura del occidente no es “la más idónea en cuanto a valores y principios” para educar a la niña, constituyen solo una valoración subjetiva de la accionante que no reviste, de ninguna manera, la entidad suficiente para sostener esta sea una causa que impide reconstituir su núcleo familiar.

Por todo lo anterior, la Sala encuentra que en este caso no se ha generado una ruptura del núcleo familiar de la accionante como consecuencia del acto que dispuso su traslado, como quiera que ella ha vivido siempre en municipios distintos a aquél en el que, por decisión propia, vive su menor hija y toda vez que, en cualquier caso, no se demostró que exista una imposibilidad real de que la señora Hernández Gamboa lleve a la niña a vivir con ella en el municipio de Chiquinquirá.

En consecuencia, no están dadas las condiciones exigidas en la jurisprudencia constitucional para que, mediante el mecanismo preferente y sumario de la acción de tutela, pueda ser controvertida la decisión de traslado adoptada por la entidad accionada.

5.3. Ahora bien, en cuanto a las inconformidades que la accionante plantea frente a la negativa que recibió su solicitud de traslado de seccional o de "permuta" del cargo con otro funcionario adscrito a la Unidad de Fiscalías de Santa Rosa de Viterbo, la Sala encuentra que la señora Hernández Gamboa no ha acudido al procedimiento administrativo previsto para esos efectos, procedimiento reglado que exige del agotamiento de una serie de trámites y de requisitos que el servidor debe acreditar ante la entidad nominadora.

Como lo informó la entidad accionada, teniendo en consideración que la actora pretende que se efectúe nuevamente un cambio de seccional, pasando esta vez de la Dirección Seccional de Fiscalías de Tunja a la de Santa Rosa de Viterbo, el análisis de esta solicitud debe ser tramitado desde el nivel central. Así lo establece el artículo 8 de la Resolución 0-0013 de 2005, "por medio de la cual se delegan unas funciones administrativas y se dictan otras disposiciones" , al tenor del cual:

"Artículo 8º. El Secretario General tiene la facultad de efectuar los traslados de: a) Los servidores del Nivel Central; c) Los servidores de la misma área de diferente jurisdicción;

d) Los servidores de diferentes áreas en la misma jurisdicción; e) Los servidores de diferentes áreas en diferentes jurisdicciones." Así las cosas, como quiera que la accionante no ha acudido al procedimiento correspondiente y, en consecuencia, la entidad no ha tenido oportunidad de analizar los argumentos por ella planteados ni de efectuar un pronunciamiento definitivo sobre este particular, no es posible afirmar que allí haya existido una vulneración de los derechos de la actora o de su núcleo familiar.

Este asunto, en tanto implica la consideración de aspectos tales como las necesidades del servicio, la existencia de vacantes en las plazas a las que la actora aspira y la experiencia y experticia de la funcionaria, entre muchos otros, debe ser definido y analizado en el escenario natural previsto para el efecto, y con el agotamiento de todos los requisitos exigidos en las normas que regulan la materia.

En este punto, la Sala encuentra necesario señalar, a diferencia de lo que afirmaron los jueces de instancia, que la respuesta emitida por el Director Seccional de Fiscalía de Tunja a la petición de traslado de seccional o de "permuta" que presentó la accionante junto con otro funcionario adscrito a la Unidad de Fiscalías de Santa Rosa de Viterbo, no puede considerarse como un verdadero acto administrativo que haya decidido definitivamente sobre este asunto. En particular, por el hecho de que, de un lado, ese funcionario no tiene competencia para decidir si hay lugar o no a efectuar un traslado entre seccionales y, del otro, porque ese tipo de solicitudes tiene, como se dijo, un procedimiento administrativo reglado que debe ser agotado y que va más allá de la mera manifestación del funcionario en cuanto a su deseo de ser trasladado.

De ahí que, para la Sala, nada obsta para que la actora plantee su pretensión ante la dependencia competente, a fin de que sea allí donde se analice si hay lugar o no a acceder a su solicitud de traslado.

5.4. En consecuencia, la Sala procederá a confirmar la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia dentro del presente asunto, pero por las razones y argumentos expuestos en esta providencia.

IV. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero.- CONFIRMAR , por las razones expuestas en la presente sentencia, el fallo proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 13 de febrero de 2014, mediante el cual se confirmó, a su vez, la sentencia expedida por la Sala Civil - Familia - Laboral del

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en la que se declaró improcedente la acción de tutela invocada por la señora Zonia Nohemí Hernández Gamboa, actuando en nombre propio y en representación de su menor hija Brigitte Alejandra Romero Hernández, en contra de la Fiscalía General de la Nación.

Segundo.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO A LA SENTENCIA T-565/14 UNIDAD FAMILIAR- Contacto del menor con sus parientes (Aclaración de voto) Específicamente en el caso de los menores de edad y la separación de sus padres la Corporación ha señalado que l a unidad familiar es garantía d el desarrollo integral del menor pues, en esa edad el niño necesita más apoyo psicológico y moral de su familia y, fundamentalmente de sus padres para evitar traumas que puedan incidir en su desarrollo personal.

Bajo esta premisa, considero que en el caso objeto de estudio la actuación mínima y razonable a efectos de verificar de manera objetiva los hechos que motivaron la presentación de la presente acción de tutela, exigían un mayor despliegue probatorio por parte de la Sala de Revisión. En mi opinión, el desapego y rechazo de la menor hacía su madre obedecen a la separación y la falta de convivencia; que se justifica por parte de la actora la inconveniencia de trasladar a su hija al lugar donde actualmente labora y que su núcleo familiar compuesto por madre y hermana coadyuvan en la crianza de la menor, lo que se opone al criterio de la mayoría, pues se considera que las razones alegadas por la accionante son insuficientes y no demuestran los motivos que le impiden llevar a su hija consigo, como tampoco el nexo causal entre la afectación de la menor y el distanciamiento de su madre. A mi juicio, la evaluación del caso en concreto ameritaba una mayor dosis de sensibilidad y precaución tratándose de una madre cabeza de familia y de una menor de edad que necesita fortalecer los lazos con su madre.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR- Protección (Aclaración de voto)/ ACCION DE TUTELA RESPECTO DE TRASLADOS LABORALES- Caso en que se requería un despliegue probatorio que recaudara las pruebas necesarias que permitieran obtener suficiente información que desvirtuara o confirmara la situación dilucidada (Aclaración de voto) Respecto del interés superior del menor de edad, este no constituye un ente abstracto que pueda ser desprovisto de vínculos con la realidad concreta, su protección es el resultado del análisis que bajo circunstancias únicas e irrepetibles se evidencian en cada caso, lo que desde mi perspectiva debió tomar en consideración la Sala de Revisión. Las circunstancias esgrimidas por la accionante en conjunto con las pruebas aportadas, demuestran una realidad en la que se manifiestan los problemas emocionales y afectivos de la menor, el rechazo y desapego respecto de su madre, quien es cabeza de familia, cuyo núcleo familiar se compone de madre y hermana, quienes coadyuvan con la labor de crianza de la menor, quien viene siendo afectada con la ausencia de su progenitora. En consecuencia, estimo que ante el panorama que se exhibe y ante las dudas de la Sala, se requería de un despliegue probatorio que recaudara las pruebas necesarias que permitieran obtener suficiente información que desvirtuara o confirmara la situación dilucidada y que a juicio de la mayoría resultó exiguo Referencia: Expediente T-4.291.943 Acción de tutela instaurada por Zonia Nohemi Hernández Gamboa en nombre propio y en representación de su menor hija Brigitte Alejandra romero Hernández contra la Fiscalía General de la Nación.

Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. Aunque comparto la decisión a la que se llega por parte de la Sala de Revisión, considero que la jurisprudencia constitucional al estudiar el ejercicio del ius variandi ha señalado entre las condiciones necesarias que deben ser valoradas por el juez de tutela, la siguiente: la afectación grave clara y directa a los derechos fundamentales del accionante o de su núcleo familiar. Específicamente en el caso de los menores de edad y la separación de sus padres la Corporación ha señalado que l a unidad familiar es garantía del desarrollo

integral del menor [47] pues, en esa edad el niño necesita más apoyo psicológico y moral de su familia y, fundamentalmente de sus padres para evitar traumas que puedan incidir en su desarrollo personal (derecho al libre desarrollo de la personalidad) [48] .

Bajo esta premisa, considero que en el caso objeto de estudio la actuación mínima y razonable a efectos de verificar de manera objetiva los hechos que motivaron la presentación de la presente acción de tutela, exigían un mayor despliegue probatorio por parte de la Sala de Revisión, en atención a que:

(i) la actora venía siendo trasladada en distintas ocasiones por parte de la entidad accionada, sin embargo, el nacimiento de su hija constituye un hecho que modifica su núcleo familiar, y que no solo trae consigo nuevas responsabilidades, sino sentimientos y deseos de procurar el mejor entorno.

(ii) fueron allegados al expediente informes rendidos por docentes de la Institución donde la menor cursa prejardín y en el que se prueban los episodios de rebeldía y rechazo hacía su madre, así como la desmotivación, inseguridad, miedo y ansiedad que presenta.

(iii) Se encuentra demostrado que la accionante nunca ha convivido con su hija, que no cuenta con la ayuda del padre y conforme la explicación de sus gastos y salario devengado, alega una serie de obligaciones que le corresponde asumir y que le impiden visitar con mayor periodicidad la ciudad donde habita su familia.

En mi opinión, las anteriores circunstancias sí son indicativas de que el desapego y rechazo de la menor hacía su madre obedecen a la separación y la falta de convivencia; que se justifica por parte de la actora la inconveniencia de trasladar a su hija al lugar donde actualmente labora y que su núcleo familiar compuesto por madre y hermana coadyuvan en la crianza de la menor, lo que se opone al criterio de la mayoría, pues se considera que las razones alegadas por la accionante son insuficientes y no demuestran los motivos que le impiden llevar a su hija consigo, como tampoco el nexo causal entre la afectación de la menor y el distanciamiento de su madre. A mi juicio, la evaluación del caso en concreto ameritaba una mayor dosis de sensibilidad y precaución tratándose de una madre cabeza de familia y de una menor de edad que necesita fortalecer los lazos con su madre.

Las mujeres cabeza de familia se encuentran en una especial situación pues llevan las riendas del hogar, razón por la cual el acompañamiento de hermanos, padres y tíos crea un entorno que les hace más llevadero su estado, el cual a juicio de esta Corte debe ser protegido. Este tipo de mujeres que tienen a su cargo la responsabilidad de hijos menores propios o ajenos y de otras personas que dependan de ella tanto afectiva como económicamente merecen protección.

[49] Ahora bien, respecto del interés superior del menor de edad, este no constituye un ente abstracto que pueda ser desprovisto de vínculos con la realidad concreta, su protección es el resultado del análisis que bajo circunstancias únicas e irrepetibles se evidencian en cada caso, lo que desde mi perspectiva debió tomar en consideración la Sala de Revisión. Las circunstancias esgrimidas por la accionante en conjunto con las pruebas aportadas, demuestran una realidad en la que se manifiestan los problemas emocionales y afectivos de la menor, el rechazo y desapego respecto de su madre, quien es cabeza de familia, cuyo núcleo familiar se compone de madre y hermana, quienes coadyuvan con la labor de crianza de la menor, quien viene siendo afectada con la ausencia de su progenitora. En consecuencia, estimo que ante el panorama que se exhibe y ante las dudas de la Sala, se requería de un despliegue probatorio que recaudara las pruebas necesarias que permitieran obtener suficiente información que desvirtuara o confirmara la situación dilucidada y que a juicio de la mayoría resultó exiguo.

Fecha ut supra, GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado [1] Así consta en el recibo de nómina aportado al expediente, el cual corresponde al mes de octubre del año 2013. El valor total de los ingresos percibidos por la actora es de $1’966.595.

[2] Cuaderno 1, folio 12. [3] Cuaderno 1, folio 13. [4] Cuaderno 1, folio 14. [5] Cuaderno 1, folios 15 y 16. [6] Cuaderno 1, folio 17. [7] Cuaderno 1, folio 18.

[8] Cuaderno 1, folio 22. [9] Cuaderno 1, folio 24. [10] Cuaderno 1, folios 25 a 30. [11] Cuaderno 1, folios 86 a 101. [12] Cuaderno 1, folio 101.

[13] Los documentos que sobre este asunto fueron aportados al expediente, están suscritos por la Rectora de la Institución Educativa Rafael Reyes, la directora de pre-jardín y una estudiante de psicología de la Universidad UNAD.

[14] En relación con este tema, la accionante presenta una relación de los gastos que asume actualmente y los compara con los que se causarían en caso de que llegara a llevarse a su hija a vivir con ella a Chiquinquirá.

[15] Sentencia T-797 de 2005, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. [16] Sentencia T-770 de 2005, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

[17] “Artículo 11. Funciones. El Fiscal General de la Nación tiene la representación de la entidad y además de las funciones especiales otorgadas por la Constitución Política, tiene las siguientes funciones generales:

[…] 18. Modificar la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación. Para tal efecto podrá trasladar cargos y determinar sus funciones, de acuerdo con la necesidad del servicio y sin que ello implique cargo al tesoro u obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.” [18] “ARTICULO 17. FUNCIONES. <Decreto derogado por el artículo 79 de la Ley 938 de 2004> El Fiscal General de la Nación tiene la representación de la entidad frente a las autoridades del poder público así como frente a los particulares y además de las funciones especiales otorgadas por la Constitución Política, tiene las siguientes funciones generales:

[…] 20. Trasladar cargos en la Fiscalía General de la Nación de acuerdo con la nomenclatura de empleos y la escala de salarios establecida.” [19] Sentencia T-1498 de 2000, Magistrada Ponente (E): Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

[20] A este tema se refirió la Corte Constitucional, entre otras, en las Sentencias T-407 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez ; T-026 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett ; y T-165 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[21] Sentencia T-483 de 1993, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. [22] Sentencia T-770 de 2005, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

[23] Sobre el alcance del perjuicio irremediable pueden consultarse las Sentencias T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-161 de 2005, M.P.

Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1034 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, y T-598 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, entre otras. [24] Al respecto, puede consultarse la Sentencia T-1022 de 2010, M.P.

Juan Carlos Henao Pérez. [25] Sentencia T-083 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil. [26] “ ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho;

también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la

notificación de aquel.” Sobre el tema de la improcedencia por la existencia de otros mecanismos de defensa, pueden consultarse las Sentencias T-247 de 2012, M.P.:

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y T-210 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [27] Consultar, entre otras, las Sentencias T-715 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y T-288 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

[28] Sentencia T-065 de 2007, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. [29] Sentencias T-330 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-483 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-131 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía; T-181 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-514 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-516 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara; T-208 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz; y T-532 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[30] Sentencia T-503/99 (MP. Carlos Gaviria Díaz). [31] Sentencias T-120/97 (MP Carlos Gaviria Díaz); T-532/96 (MP Antonio Barrera Carbonell).

[32] Sentencia T-264 de 2005, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. [33] Sentencias T-532 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell; y T-353 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[34] Sentencias T-362 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-016 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; y T-288 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

[35] Sentencia T-288 de 1998, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. [36] Sentencia T-1498 de 2000, Magistrada Ponente (E): Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

[37] Sentencia T-353 de 1999, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. [38] Entre otras, Sentencia T-715 de 1996, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[39] Sentencia T-264 de 2005, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. [40] Magistrada Ponente (E): Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. [41] Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

[42] En este mismo sentido, puede consultarse la Sentencia T-311 de 1993. [43] Así se desprende de la manifestación que hizo la actora en la demanda de tutela, según la cual “en los últimos dos años y nueve meses mi hija ha estado apartada de la suscrita” . Al momento de la interposición de esta acción, la menor contaba con dos años y diez meses de edad.

[44] Debe indicarse, además, que la hermana de la actora figura en el Registro Único de Afiliados – RUAF, como afiliada al sistema general de seguridad social en salud en el régimen contributivo, en condición de cotizante principal.

[45] Sentencia T-1498 de 2000, Magistrada Ponente (E): Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. [46] En este sentido, el artículo 44 de la Constitución Política establece que “[l]a familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.”.

Específicamente para el caso de los padres, el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y de la Adolescencia, dispone “ La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.// En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.” [47] La Convención sobre los derechos del niño destaca la importancia de que el niño se mantenga al lado de sus padres. El artículo 9º numeral 1º establece:

"Los Estados velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño".

[48] T-165-2004 [49] T-247 de 2012.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 6 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.