

ACCION DE TUTELA Y TRASLADO DE EMPLEADA JUDICIAL-Procedencia

En el presente asunto, la inminencia y gravedad del perjuicio están asociadas a la difícil situación vital de la familia Santiago, y a la innegable posibilidad de que la actora pierda, en términos reales, la oportunidad de acompañar a su hijo en el temprano desenlace de su existencia, situación que es tenida por esta Corte como un hecho cierto dada la naturaleza del mal que lo aqueja (VIH). En este orden de ideas, la Corte revocará la decisión de los jueces de instancia en el sentido de que por la situación especial a la que estaba sometida la actora y la verosimilitud de sufrir un perjuicio irremediable, la acción de tutela sí era procedente.

Se tiene que la ley 771 de 2002, (i) reconoce a los funcionarios y empleados judiciales, la posibilidad de solicitar su traslado como consecuencia de una grave afectación a su salud o a su seguridad personal, así como a la salud y seguridad del o la cónyuge, del o la compañera permanente, y del o las ascendientes y descendientes en el primer grado de consanguinidad o único civil; (ii) exige que para iniciar el trámite administrativo del traslado se expida un concepto previo favorable por parte de la autoridad competente; y (iii) autoriza al nominador para que decida sobre la solicitud de traslado con cierto margen de discrecionalidad. En reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha indicado que las decisiones de acceder o no a las solicitudes de traslado en la carrera judicial deben obedecer a factores objetivos, como expresión directa del principio de la interdicción de la arbitrariedad característico de cualquier estado de derecho. En el presente asunto, la titular del Juzgado de Menores, desbordó su competencia discrecional y resolvió sobre la solicitud de traslado de manera arbitraria, sin consultar verdaderas razones de carácter objetivo, pero sobre todo, sin consultar los principios que informan la carrera judicial. Esta circunstancia desconoce el derecho fundamental de la señora Santiago al debido proceso administrativo. La Corte considera que, a pesar de que existen razones para afirmar que en el presente caso se ha desconocido el derecho fundamental al debido proceso administrativo de la demandante, también es cierto que este tipo de situaciones son por regla general de conocimiento del juez contencioso. En efecto, esta sería la regla aplicable de no presentarse la circunstancia del perjuicio irremediable. Para la Corte es claro que la motivación del traslado (hijo diagnosticado con una enfermedad terminal) unida a la negativa arbitraria de no acceder al

nombramiento, hacen que la tutela se convierta en la única forma de evitar que al asumir la defensa judicial de sus derechos ante la jurisdicción contenciosa, y ante una eventual sentencia favorable varios años después, la orden de traslado carezca de cualquier sentido para la actora.

#### DERECHO AL TRABAJO Y TRASLADO DE EMPLEADA JUDICIAL-Inexistencia de vulneración

La Corte no advierte una afectación real y directa del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas de la demandante. Esto en la medida en que ninguno de los aspectos que integran el ámbito de protección del derecho fundamental al trabajo están siendo afectados por la entidad demandada. En efecto, no ha sido declarada insubsistente mediante una decisión arbitraria, ni se encuentra afectado su ingreso mínimo vital y móvil, ni tampoco se encuentra que exista una situación concreta que afecte directamente el clima organizacional en su lugar de trabajo, ni se advierte una persecución contra su nombre o su persona, ni está presente una afectación real y palmaria de su estado de salud física o mental, ni ha sido sometida a tratos laborales o administrativos discriminatorios. De otro lado, la Corte considera que la situación vital del hijo de la actora, al cuidado de sus abuelos maternos en una ciudad más o menos distante, afectado de sordera congénita y ahora paciente de una enfermedad terminal, son circunstancias que eventualmente podrían alterar la normalidad en el desempeño de su actividad laboral. No obstante, no consta en el expediente al menos una prueba que indique que la entidad de tal circunstancia (afectación grave en el ánimo de la trabajadora) ameritase consideraciones adicionales. Además la Corte considera que, a pesar de que tal circunstancia se llegare a establecer, la misma no sería imputable a la entidad demandada ya que, tanto la situación vital del hijo de la actora, como la afectación grave de su ánimo, son circunstancias en principio ajenas a las razones del servicio y a la legalidad de los procedimientos de traslado de personal, únicos elementos capaces de comprometer la responsabilidad del nominador como entidad demandada.

#### DERECHO A MANTENER LA UNIDAD FAMILIAR

A partir de la interpretación de las disposiciones normativas contenidas en el artículo 42 de la Constitución, es posible establecer la existencia de un derecho constitucional a mantener la unidad familiar o a mantener los vínculos de solidaridad familiar. De la caracterización constitucional de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, en la cual es necesario

preservar la armonía y la unidad, mediante el rechazo jurídico de las conductas que puedan conducir a su desestabilización o disgregación, y además, consultando el deber constitucional de los padres, consistente en sostener y educar a los hijos mientras sean menores o impedidos, resulta perfectamente posible derivar normas de mandato, de prohibición y de autorización. Siguiendo un razonamiento similar es posible configurar el derecho a mantener la unidad familiar. Este derecho es el corolario de la eficacia de la disposición que define la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, en la medida en que constituye el dispositivo normativo que permite realizar la pretensión constitucional de protección a la familia (como núcleo fundamental de la sociedad), al autorizar la intervención de los jueces y en especial del juez constitucional, en situaciones concretas que tengan el poder de afectar la unidad y/o la armonía familiar. Esta hipótesis encuentra otro punto de refuerzo en otra disposición constitucional contenida en el artículo 42. En efecto, la Constitución rechaza de manera expresa toda forma de violencia en la familia que tenga la potencialidad de afectar la unidad y la armonía familiar. Ahora, una lectura en clave libertaria de la Constitución lleva al intérprete a concluir que la violencia que censuró el constituyente no es sólo la violencia de tipo físico o psicológico, que se ejerce de manera directa entre los miembros de la familia, sino también la violencia estructural, la que se engendra en las formas veladas de poder, en las injusticias sociales o en las presiones antijurídicas sobre sus miembros. En esta medida, el dispositivo normativo del derecho a mantener la unidad familiar, al tiempo que permite enervar este tipo de factores, constituye la traducción en clave de derechos-deberes de la más genuina voluntad del constituyente de 1991.

#### DERECHO A MANTENER EL CONTACTO CON LA FAMILIA

Es importante aclarar que paralelo a este derecho la Corte también ha reconocido el derecho a mantener el contacto con la familia. Con este derecho se protegen otro tipo de situaciones relacionadas con el valor jurídico de la vigencia de los lazos de solidaridad, pero que se distinguen del derecho a mantener la unidad familiar. Ello sucede en aquellos eventos en que, ya sea por el tipo de situación de que se trate, por la naturaleza de las relaciones implicadas, o por la forma en que se presentan los hechos, resulta imposible hablar de unidad familiar.

#### DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO Y TRASLADO DE EMPLEADA JUDICIAL

Referencia: expediente T-799121

Acción de tutela instaurada por Luz Marina Santiago Pardo contra el Juzgado de Menores de Villavicencio.

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Bogotá D. C., cinco (5) de marzo de dos mil cuatro (2004).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Eduardo Montealegre Lynett, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Villavicencio y la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en primera y segunda instancia respectivamente.

### I. ANTECEDENTES.

1. La ciudadana Luz Marina Santiago Pardo interpuso acción de tutela contra el Juzgado de Menores de Villavicencio, pues considera que la titular de este despacho, al no acceder a su solicitud de traslado, le ha vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, al trabajo y a la unidad familiar.

2. Previa la expedición de un concepto favorable por parte del Consejo Superior de la Judicatura, la actora solicitó su traslado del cargo de Secretaria en propiedad del Juzgado 40 Penal del Circuito de Bogotá, al de Secretaria en propiedad del Juzgado de Menores de Villavicencio. No obstante, la Titular de este último resolvió no proceder al nombramiento por traslado, al considerar que (i) el Juzgado de menores es de reciente creación y tiene una carga laboral considerable, (ii) la capacitación del equipo de trabajo actual ha sido

extenuante y prolongada, (iii) el cargo en el que está escalafonada la aspirante corresponde a la “jurisdicción penal”, que difiere “de la de menores”, lo que eventualmente generaría traumatismos en el desempeño del Juzgado, (iv) que la persona que en la actualidad desempeña el cargo de secretaria es quien lidera el equipo de trabajo y muestra mayor rendimiento y productividad.

Contra esta decisión, la actora interpuso recurso de reposición, por considerar que la decisión carecía de “razones objetivas”, indicó: (i) que el cargo en el cual se encontraba inscrita en la “jurisdicción penal” no difería “de la de menores” sobre todo en lo relacionado con los principios básicos rectores del derecho penal, (ii) que cuenta con una formación universitaria, lo cual la ubica en una situación apta para desempeñar las labores que el cargo implica, (iii) que al considerar que la persona que ocupa el cargo actualmente pueda ser más competente, está descalificando y desconociendo su capacidad de trabajo, (iv) que la persona que viene desempeñando el cargo en el Juzgado de Menores, no reúne los requisitos exigidos por la ley, pues está “inscrita como escribiente” y nombrada en “provisionalidad”.

Finalmente, sostiene que, como ya es de conocimiento de la juez, la solicitud de traslado está motivada en la grave situación de su hijo, quien en la actualidad se encuentra al cuidado de sus abuelos en la ciudad de Villavicencio, es sordo de nacimiento y padece una enfermedad terminal.

La decisión de no acceder al nombramiento fue confirmada, reiterando las razones antes expuestas e indicando que la enfermedad actual que aqueja al hijo de la solicitante, no le impedía continuar con sus labores en la ciudad de Bogotá, y que, en todo caso, la decisión estaba orientada no por razones subjetivas, sino por la necesidad de garantizar el ejercicio eficiente de la función pública.

3. En la solicitud de amparo, la actora indica que las decisiones del Juzgado de Menores adolecen de falta de objetividad, porque desconocen su trayectoria en la rama judicial (20 años y 15 como Secretaria de Juzgado), su preparación académica (8 semestres de derecho), y la calidad de su trabajo, al suponer que la persona que actualmente ocupa el cargo pueda ser más productiva. Pero sobre todo, porque a pesar de que “la enfermedad que afecta a mi hijo (el de la actora) en realidad no me impide seguir con el cargo que actualmente ocupó... tal situación, si está afectando gravemente mi núcleo familiar, pues me he visto obligada a

sufragar gastos de desplazamiento continuo, manutención y demás que directamente afectan mi presupuesto.”

Concluye afirmando que “los derechos en cabeza de mi hijo por ser una persona minusválida, afectado por una enfermedad terminal, se están viendo seriamente afectados, al no poder contar con mi presencia y cuidados constantes y a pesar que el esfuerzo que hacen mis progenitores por proporcionarle los mismos, no pueden ser comparados a la tranquilidad, cariño y afecto que puede ofrecer una madre a su hijo en tales condiciones de debilidad manifiesta.”

4. La titular del Juzgado de Menores de Villavicencio contestó la demanda. En su escrito indicó que la actora no había definido con claridad cuáles eran los derechos fundamentales vulnerados, pues se limitó a citar apartes de jurisprudencia de la Corte Constitucional sin establecer una relación efectiva con los hechos del caso. Además, señaló que no existía una tal situación de afectación a los derechos de los niños, pues el hijo de la actora es mayor de edad (27 años), ni a los derechos de las personas en situación de debilidad manifiesta, pues el mismo ha permanecido durante la mayor parte de la vida al cuidado de sus abuelos maternos. Esto último implica que no exista afectación alguna a la situación familiar, pues la convivencia entre actora e hijo ha sido muy poca. Para la demandada no es suficiente con alegar la relación de consanguinidad para demostrar la afectación, sino que huelga probar la existencia de una verdadera fractura en las relaciones familiares, situación que no se presenta en este caso. Finalmente, indica la demandada que de lo anterior, se sigue la inexistencia de cualquier afección psicológica de la señora Santiago Pardo, ya sea en el ámbito personal o en el laboral, como la pérdida de productividad, la depresión constante o cualquier otro tipo de circunstancia similar.

## II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

5. La Sala de Familia del Tribunal Superior de Villavicencio decidió negar el amparo. Consideró la Sala que, en primer lugar, la actora contaba con otros mecanismos de defensa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y que, en segundo lugar, la actora no estaba en la hipótesis de sufrir un perjuicio irremediable, ya que como quedó demostrado en el trámite del proceso (con los alegatos de la demandada y con el testimonio de un tercero) su hijo ha permanecido la mayor parte de la vida al cuidado de los abuelos maternos, y la

enfermedad por él padecida, no es un hecho reciente que ameritara una consideración adicional.

6. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión del a quo. Para la Sala es evidente la improcedencia de la acción de tutela ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, más aun cuando no se evidencia una conducta arbitraria de la titular del Juzgado de Menores.

### III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA REVISIÓN.

Competencia.

7. 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, la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas.

Informe solicitado por la Corte Constitucional.

8. Mediante auto del 18 de febrero de 2004, la Sala advirtió la existencia de una eventual nulidad procesal debido a la no vinculación al presente trámite de amparo, de la persona que ocupaba el cargo de Secretario del Juzgado de Menores de Villavicencio. Debido a que esta persona eventualmente podría verse afectada por la decisión del presente asunto, se ordenó poner bajo su conocimiento la existencia de la demanda de tutela presentada por la actora en el asunto de la referencia.

En escrito de fecha 25 de febrero de 2004, la ciudadana Dora Ligia Mosquera Enciso, quien se identificó como la actual secretaria del Juzgado de Menores de Villavicencio, indicó que había sido nombrada en provisionalidad como secretaria de dicho Juzgado, desde hace aproximadamente dos años; también afirmó respecto de su situación laboral administrativa actual, que conserva su nombramiento en propiedad, en el cargo de escribiente del Juzgado Tercero Penal Municipal de Villavicencio. Por último, señaló que la titular del Juzgado de Menores de Villavicencio, Myriam Peña Villalobos, no le desconoció ningún derecho fundamental a la señora Santiago durante el proceso administrativo en el cual se resolvió sobre su solicitud de traslado.

9. La ciudadana Santiago Pardo solicitó su traslado como secretaria del Juzgado 40 Penal del

Circuito de Bogotá, al Juzgado de Menores de Villavicencio, indicando que su hijo, quien vive en Villavicencio, es sordo de nacimiento y actualmente padece una enfermedad terminal; así mismo, que la persona que actualmente ocupa el cargo está nombrada en provisionalidad e inscrita como escribiente en la carrera judicial. La Nominadora, ahora demandada, no aceptó la solicitud de traslado, indicando que había logrado conformar un buen equipo de trabajo en su despacho y que la persona que desempeñaba el cargo de secretaria en su juzgado era muy eficiente.

Los jueces de instancia negaron el amparo ante la improcedencia de la acción de tutela para discutir la legalidad de los actos administrativos. Además, el a-quo consideró que en el caso no se configuraba la hipótesis de sufrir un perjuicio irremediable que permitiera la procedencia excepcional del amparo, puesto que, a pesar de la enfermedad del hijo de la actora, no se pudo demostrar que existiera una relación entre dicha enfermedad y la posible afectación del desempeño personal o profesional de la señora Santiago. Entre otras, porque el hijo enfermo ha vivido la mayor parte de su vida alejado físicamente de su madre y al cuidado de sus abuelos maternos.

En este orden de ideas, corresponde entonces a la Corte definir si la no aceptación del traslado de la ciudadana Santiago Pardo, de Bogotá a Villavicencio, teniendo en cuenta la situación especial de su hijo (sordo de nacimiento y enfermo terminal) y el hecho de la no convivencia permanente entre ambos, sumado a las razones de la Juez demandada en relación con la situación administrativa de la persona que actualmente ocupa el cargo (inscrita como escribiente y nombrada en provisionalidad), vulnera los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso administrativo y a mantener la unidad familiar de la solicitante.

Para resolver el presente problema jurídico, la Corte analizará, en primer lugar, las razones de los jueces de instancia para negar el amparo bajo la consideración de la improcedencia de la acción de tutela y la existencia de otro mecanismo de defensa judicial; en segundo lugar, la Corte hará un estudio de fondo de los hechos del caso a la luz de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados.

El juicio de procedibilidad de la acción de tutela en el presente asunto. El principio de subsidiariedad de la acción y la hipótesis del perjuicio irremediable.

10. En el tercer inciso del artículo 86 de la Constitución se afirma: “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.”

Para la Corte, el hecho de que el hijo de la actora es sordo de nacimiento, y que desde hace aproximadamente 2 años (finales del 2001) fue diagnosticado como enfermo terminal (VIH), sumado a que el lugar de residencia del mismo es Villavicencio donde ha permanecido al cuidado de sus abuelos maternos, ameritaba una consideración adicional acerca de la posible vulneración de los derechos fundamentales de la actora, con ocasión del resultado del trámite administrativo de traslado de la ciudad de Bogotá a la ciudad de Villavicencio.

En efecto, resultaba indispensable que el juez de tutela valorara la verosimilitud de la posible realización de un perjuicio irremediable sobre los intereses jurídicos de la actora. Según reiterada jurisprudencia de esta Corte, los elementos que han permitido establecer la existencia de un perjuicio irremediable son: la inminencia y la gravedad del perjuicio, y la urgencia y la impostergabilidad de las medidas para conjurarlo<sup>1</sup>.

11. En este punto, la Corte no comparte las razones del juez a-quo, en el sentido de no considerar verosímil la posibilidad de que la actora sufriese un perjuicio irremediable, ni las razones del juez ad quem, en el sentido de no referir siquiera la posibilidad de que se presentara dicho perjuicio.

En primer lugar, la Corte considera que la posición del a-quo se origina en una inadvertencia acerca de la verdadera situación en la que se encuentra la actora, en el sentido de que a la limitación congénita de su hijo se ha sumado desde hace poco tiempo, por lo menos contado a partir de la iniciación del trámite de su traslado (principios del año 2003) el hecho de que su hijo fue diagnosticado como portador de VIH (finales del 2001). Esta circunstancia, que altera necesariamente la situación anterior y sobre la cual el juez a quo se apoyó para descartar la procedencia de la acción, es decir, la del hijo limitado por sordera desde su nacimiento, a la del hijo ahora enfermo terminal, ameritaba una consideración especial respecto de la posible afectación de los derechos fundamentales de la señora Santiago.

En segundo lugar, la Corte considera que el argumento de la subsidiariedad de la acción de tutela (o de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial) con el cual a quo y ad quem decidieron declarar la improcedencia de la acción de tutela, no soportaría un juicio de

eficacia y de oportunidad. En el estado actual de cosas de la justicia contencioso administrativa, bajo cualquier circunstancia, la decisión del juez administrativo sobre la legalidad de los actos administrativos con los cuales no se accede a la solicitud de nombramiento por traslado, sería tardía en función de la situación vital en que se encuentra el hijo de la actora.

En el presente asunto, la inminencia y gravedad del perjuicio están asociadas a la difícil situación vital de la familia Santiago, y a la innegable posibilidad de que la actora pierda, en términos reales, la oportunidad de acompañar a su hijo en el temprano desenlace de su existencia, situación que es tenida por esta Corte como un hecho cierto dada la naturaleza del mal que lo aqueja (VIH).

Actuaciones administrativas relacionadas con movimientos de personal. Elementos legales y constitucionales del caso concreto. Derechos fundamentales involucrados.

Caso concreto y cuestiones previas.

12. La Corte considera que a pesar de que se pudo establecer la procedibilidad de la acción de tutela dada la inminencia de que se realice un perjuicio irremediable sobre los intereses jurídicos de la actora, resta aún resolver el problema jurídico sustantivo, esto es, definir si existe en el presente caso una vulneración de derechos fundamentales que sea imputable a la entidad demandada.

Para la Corte el presente asunto se puede resolver en dos planos: (i) el de la legalidad de la actuación administrativa, en donde el objeto de examen es la cabal correspondencia de la actuación con las disposiciones legales, y (ii) el de la constitucionalidad cualificada de la actuación, en donde el objeto de examen, por la funcionalidad de la acción de tutela, es el análisis sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales de la actora.

En este sentido, es importante aclarar que el Juez de Tutela, y en este caso la Corte Constitucional, no se pronuncia sobre la legalidad de la actuación, sino sobre la relación entre el procedimiento administrativo y el ámbito de protección de los derechos fundamentales que resultan inevitablemente involucrados en dicha actuación (el derecho al trabajo, el debido proceso administrativo y el derecho a mantener la unidad familiar o a mantener vigentes los lazos de solidaridad familiar). En este orden de ideas es indispensable, para

efectos de resolver el problema jurídico, contextualizar las pretensiones y las consideraciones acerca de la posible afectación o vulneración de los derechos reseñados, lo que obviamente implica revisar el marco jurídico de la actuación sin que esto signifique que las valoraciones del juez de tutela estén orientadas a un examen puramente legal del caso.

Caso concreto y marco jurídico de la actuación administrativa.

13. La señora Santiago obtuvo concepto favorable para su traslado del cargo de secretaria del Juzgado 40 Penal del Circuito de Bogotá, al de secretaria del Juzgado de Menores de Villavicencio por parte del Consejo Superior de la Judicatura, esto, alegando la grave situación de salud de su hijo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 134 de la ley 270 de 1996 modificado por el artículo 1º de la ley 771 de 2002.

En el artículo 1º indicado, se agregaron a las razones de seguridad reseñadas en el numeral 1º del artículo 134 de la Ley 270 de 1996, las relacionadas con la posible afectación de la salud, como hipótesis para que proceda el traslado de un funcionario o empleado judicial. De igual manera, el Legislador también incluyó las hipótesis de afectación de la salud o de la seguridad del cónyuge, compañero o compañera permanente, descendiente o ascendiente en primer grado de consanguinidad y primero civil, del funcionario o empleado que solicita el traslado. Sobre la Constitucionalidad de esta disposición, esta Corte en la sentencia C-295 de 2002 indicó que la misma se ajustaba a la Constitución. Consideró la Corporación:

“Ahora bien, circunstancias tanto de seguridad como de salud pueden afectar no solamente al servidor público de la justicia directamente sino también a su núcleo familiar, motivo por el cual el traslado en caso de verse afectados su cónyuge, compañero o compañera permanente, descendiente o ascendiente en primer grado de consanguinidad y primero civil, resulta razonable frente a, no solamente de los derechos arriba enunciados, sino particularmente a la obligación que asiste al Estado de garantizar la protección integral de la familia (art. 42 C.P.), así como los derechos fundamentales de los niños (art. 44 C.P.) dentro de los que se incluye, entre otros, los derechos a la vida, a la integridad física, a la salud y a tener una familia y no ser separados de ella.”

De otro lado, es importante indicar que conforme a la misma ley y a la jurisprudencia de esta Corte, es necesario que medie un concepto favorable para efectos de proceder al traslado. Sobre el punto en la misma sentencia C-295 de 2002, se indicó:

“En la medida en que la norma no determina la autoridad encargada de evaluar la solicitud formulada por el servidor interesado y de proponer a éste alternativas de traslado, considera la Corte que una lectura sistemática de las disposiciones Constitucionales, así como de la Ley Estatutaria de administración de justicia, lleva a la conclusión de que es a la Sala Administrativa de los Consejos Superior o Seccional de la Judicatura, según el caso, a la que corresponde esta competencia. (...)”

Así mismo, la constitucionalidad de dichas disposiciones estuvo condicionada a que, una vez se hubiese expedido concepto favorable por parte de la autoridad competente para autorizar el traslado, tal decisión no sería vinculante para la autoridad nominadora, la cual, en términos de la sentencia citada, goza de cierto grado de discrecionalidad para pronunciarse sobre la respectiva solicitud. En este sentido la Corte precisó que:

“(...)en todo caso, la autorización previa a que hace alusión la disposición se entiende sin perjuicio de la competencia propia de cada nominador y en particular de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Fiscalía General de la Nación y la Corte Constitucional (art. 256 C.P., y arts. 131 y 175 de la ley 270 de 1996). En este sentido, la autorización a que se refiere la norma debe entenderse como un simple estudio administrativo respecto de la situación del solicitante, sin que esta pueda entenderse como una imposición del candidato a nombrar o del lugar a donde será trasladado, pues la decisión final del traslado en todos los casos corresponde al nominador.”

Por último, la Corte aclaró que las disposiciones que integrarían la ley 771 de 2002, eran aplicables no solamente a los funcionarios judiciales, sino también a los empleados judiciales, a partir de una lectura sistemática del proyecto de articulado. En este sentido se indicó:

“Finalmente debe aclararse que si bien el aparte final del numeral 1º que se revisa<sup>2</sup> hace referencia solamente al “funcionario”, debe entenderse, como se desprende lógicamente de la lectura sistemática del conjunto del artículo, que la preceptiva legal se aplica igualmente al caso del “empleado judicial”.

En resumen, se tiene que la ley 771 de 2002, (i) reconoce a los funcionarios y empleados judiciales, la posibilidad de solicitar su traslado como consecuencia de una grave afectación a su salud o a su seguridad personal, así como a la salud y seguridad del o la cónyuge, del o la compañera permanente, y del o las ascendientes y descendientes en el primer grado de

consanguinidad o único civil; (ii) exige que para iniciar el trámite administrativo del traslado se expida un concepto previo favorable por parte de la autoridad competente; y (iii) autoriza al nominador para que decida sobre la solicitud de traslado con cierto margen de discrecionalidad.

En el presente asunto, la señora Santiago solicitó su traslado de Bogotá a Villavicencio, amparada en la ley 771 de 2002 (grave enfermedad de su hijo), obtuvo concepto favorable por parte de la Sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y dicha solicitud fue negada por la autoridad nominadora alegando entre otras razones la discrecionalidad. Hasta este punto la actuación administrativa se dio conforme a la ley, la actora estaba en una situación legalmente amparada y la entidad demandada actuó, en principio, respetando la legalidad. No obstante, es indispensable examinar el caso en el plano constitucional, a la luz de los derechos fundamentales involucrados, a lo cual se procederá a continuación.

Caso concreto y derechos fundamentales involucrados.

El derecho fundamental al trabajo.

14. Según el artículo 25 de la Constitución: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

En el presente caso, la Corte no advierte una afectación real y directa del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas de la señora Santiago. Esto en la medida en que ninguno de los aspectos que integran el ámbito de protección del derecho fundamental al trabajo están siendo afectados por la entidad demandada. En efecto, no ha sido declarada insubsistente mediante una decisión arbitraria, ni se encuentra afectado su ingreso mínimo vital y móvil, ni tampoco se encuentra que exista una situación concreta que afecte directamente el clima organizacional en su lugar de trabajo, ni se advierte una persecución contra su nombre o su persona, ni está presente una afectación real y palmaria de su estado de salud física o mental, ni ha sido sometida a tratos laborales o administrativos discriminatorios.

De otro lado, la Corte considera que la situación vital del hijo de la actora, al cuidado de sus abuelos maternos en una ciudad más o menos distante, afectado de sordera congénita y ahora paciente de una enfermedad terminal, son circunstancias que eventualmente podrían

alterar la normalidad en el desempeño de su actividad laboral. No obstante, no consta en el expediente al menos una prueba que indique que la entidad de tal circunstancia (afectación grave en el ánimo de la trabajadora) ameritase consideraciones adicionales. Además la Corte considera que, a pesar de que tal circunstancia se llegare a establecer, la misma no sería imputable a la entidad demandada ya que, tanto la situación vital del hijo de la actora, como la afectación grave de su ánimo, son circunstancias en principio ajenas a las razones del servicio y a la legalidad de los procedimientos de traslado de personal, únicos elementos capaces de comprometer la responsabilidad del nominador como entidad demandada.

El derecho fundamental a mantener la unidad familiar o a mantener los vínculos de solidaridad familiar.

15. Según el artículo 42 de la Constitución: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”(…)“Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley” (...) “La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.”

A partir de la interpretación de las disposiciones normativas contenidas en el artículo 42 de la Constitución, es posible establecer la existencia de un derecho constitucional a mantener la unidad familiar<sup>3</sup> o a mantener los vínculos de solidaridad familiar. De la caracterización constitucional de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, en la cual es necesario preservar la armonía y la unidad, mediante el rechazo jurídico de las conductas que puedan conducir a su desestabilización o disgregación, y además, consultando el deber constitucional de los padres, consistente en sostener y educar a los hijos mientras sean menores o impedidos, resulta perfectamente posible derivar normas de mandato, de prohibición y de autorización.

Así, por ejemplo, es posible identificar un mandato claro en cabeza del Estado en el sentido que debe adelantar todas las conductas necesarias para la protección de la familia. En este orden de ideas, el Estado está en la obligación de expedir normas jurídicas que garanticen, por ejemplo, la protección del patrimonio familiar. De otro lado, es posible identificar normas de prohibición, en la medida en que está censurada toda forma de violencia que afecte la unidad y armonía familiar, esté o no sancionada por disposiciones jurídicas de rango legal.

Así mismo, es posible identificar normas de autorización, en la medida en que reconoce que la familia se puede integrar mediante la celebración del contrato de matrimonio, o mediante la decisión libre de conformarla, y que una y otra situación implican la posibilidad de obtener y exigir la protección y el reconocimiento por parte del Estado.

Siguiendo un razonamiento similar es posible configurar el derecho a mantener la unidad familiar. Este derecho es el corolario de la eficacia de la disposición que define la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, en la medida en que constituye el dispositivo normativo que permite realizar la pretensión constitucional de protección a la familia (como núcleo fundamental de la sociedad), al autorizar la intervención de los jueces y en especial del juez constitucional, en situaciones concretas que tengan el poder de afectar la unidad y/o la armonía familiar.

Esta hipótesis encuentra otro punto de refuerzo en otra disposición constitucional contenida en el artículo 42. En efecto, la Constitución rechaza de manera expresa toda forma de violencia en la familia que tenga la potencialidad de afectar la unidad y la armonía familiar. Ahora, una lectura en clave libertaria de la Constitución lleva al intérprete a concluir que la violencia que censuró el constituyente no es sólo la violencia de tipo físico o psicológico, que se ejerce de manera directa entre los miembros de la familia, sino también la violencia estructural, la que se engendra en las formas veladas de poder, en las injusticias sociales o en las presiones antijurídicas sobre sus miembros. En esta medida, el dispositivo normativo del derecho a mantener la unidad familiar, al tiempo que permite enervar este tipo de factores, constituye la traducción en clave de derechos-deberes de la más genuina voluntad del constituyente de 1991.

15. No obstante, la Corte considera que una vez definida la fundamentación positiva del derecho a mantener la unidad familiar, es necesario precisar cuál es el ámbito de protección del derecho. En este sentido, es importante aclarar que el objeto de protección de este tipo particular de derecho fundamental es el valor o interés jurídico de la unidad familiar. Es evidente que el concepto de unidad familiar, como todo término clasificatorio general, está sometido a las vicisitudes de la indeterminación; esto implica que sea difícil establecer o predecir qué tipo de situaciones cobija o puede cobijar. Sin embargo, la Corte considera que, en principio, este derecho busca proteger la presencia constante, el contacto directo o la cercanía física, como situaciones que tienen o han tenido vocación de permanencia y que se

predican como una realidad vital de los miembros que integran la familia<sup>4</sup>.

En un ámbito más restringido, pero que de una u otra forma permite sustentar este entendido del ámbito de protección del derecho analizado, se encuentra la disposición del artículo 44 de la Constitución. En la citada disposición se establece como uno de los derechos de los niños el de, “tener una familia y no ser separados de ella”. En este caso es obvio el referente de la unidad física como objeto de protección. Si se sigue esta línea de argumentación podría afirmarse que el derecho a mantener la unidad familiar presupone la existencia de dicha unidad, de tal forma que solamente ante las situaciones que rompan la unidad, que impliquen (o amenacen con una) separación física o con una ruptura<sup>5</sup>, es que será posible invocar este derecho como dispositivo protector de una situación (o interés) jurídicamente amparada por la Constitución: la unidad familiar.

En este sentido, es importante aclarar que paralelo a este derecho la Corte también ha reconocido el derecho a mantener el contacto con la familia<sup>6</sup>. Con este derecho se protegen otro tipo de situaciones relacionadas con el valor jurídico de la vigencia de los lazos de solidaridad, pero que se distinguen del derecho a mantener la unidad familiar. Ello sucede en aquellos eventos en que, ya sea por el tipo de situación de que se trate, por la naturaleza de las relaciones implicadas, o por la forma en que se presentan los hechos, resulta imposible hablar de unidad familiar.

Este sería el caso de aquellos sujetos que a pesar de su estado ordinario de separación física determinado libremente (separaciones voluntarias, abandonos transitorios, etc) desean con posterioridad reestablecer o mantener el contacto con los miembros de su familia, o de aquellos que, al verse abocados a la separación como producto de una decisión legítima de autoridad, desean mantener el contacto con sus familiares como en el caso de una persona a quien hacen efectiva una orden de detención o de quien se encuentra condenado a pena privativa de la libertad.

16. Una vez definido el ámbito de protección del derecho, la Corte se pregunta si en el presente asunto existe definitivamente una afectación del derecho fundamental a mantener la unidad familiar de la señora Santiago. Este punto no es pacífico. En primer lugar, es cierto que la actora ha vivido la mayor parte de su vida en Bogotá, y que su hijo lo ha hecho en Villavicencio al cuidado de sus abuelos maternos. Esta situación plantea un severo problema

en términos ontológicos, ya que la negativa de acceder al traslado (eventual hecho vulnerador) no está modificando en nada la situación preexistente. Es decir, con la decisión de la demandada, la separación prolongada entre madre e hijo no sufre alteración alguna sino que continúa igual, se perpetúa.

De otro lado, la separación entre madre e hijo no ha sido producto de la intervención de la entidad demandada, sino que ha sido el resultado de la opción vital de la señora Santiago ante las azarosas circunstancias a que la sometió el destino. La determinación del hado, sumada a la determinación vital de la señora Santiago, en el sentido de decidir separarse de su hijo, implica, por un lado, la inexistencia de la posición jurídica amparada por el derecho a mantener la unidad familiar, y por el otro, que una eventual afectación no podría ser imputable al Juzgado de Menores de Villavicencio.

No obstante, se podría afirmar que el derecho a mantener la unidad familiar no se pierde en intensidad ni proporción por la circunstancia accidental de la separación entre los miembros de la familia. Como derecho, es una facultad o un poder que puede ejercerse en cualquier momento, máxime en consideración al objeto de protección que no es más que la vigencia de los lazos de solidaridad de la familia: núcleo fundamental de la sociedad. Para la Corte, esta posición desconoce el objeto de protección del derecho alegado, y en este mismo orden de ideas la funcionalidad específica del derecho a mantener la unidad familiar, que es, precisamente, proteger el valor de la unidad como condición social y concreta de los sujetos tal y como se ha presentado en la realidad. Es decir, que la protección jurídica que dispensa el derecho fundamental, no está orientada por consideraciones abstractas y ontológicas, sino por consideraciones concretas y funcionales. De esta manera si no existe unidad familiar en el sentido de un contacto físico permanente, no es posible proteger este valor. El derecho no puede proteger una circunstancia fáctica y su valor jurídico, si tal circunstancia no es o no existe.

El derecho fundamental al debido proceso administrativo.

17. Según el artículo 29 de la Constitución, “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”

Veamos, según la nominadora (a) el concepto del Consejo Superior de la Judicatura no es vinculante, (b) con la negativa se “pretende garantizar el buen desempeño del juzgado”, (c)

“la persona que en la actualidad desempeña el cargo de secretaria, a pesar de que no tiene la categoría de Circuito es quien lidera el equipo de trabajo y muestra mayor rendimiento y productividad”, (d) “a pesar de que la solicitud de traslado se fundamentó en la enfermedad grave de su hijo, esta situación no le hace imposible a la peticionaria continuar en el cargo que actualmente desempeña.” Y (e) “que la jurisdicción del menor difiere de la penal.”

En reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha indicado que las decisiones de acceder o no a las solicitudes de traslado en la carrera judicial deben obedecer a factores objetivos<sup>7</sup>, como expresión directa del principio de la interdicción de la arbitrariedad característico de cualquier estado de derecho.

18. Ahora una revisión atenta de los argumentos aducidos por la titular del Juzgado de Menores, entidad ahora demandada, muestra cómo en este caso se sobreponen las razones personales de la Juez a razones objetivas de oportunidad y a razones de legalidad.

18.1 El primer argumento (razón a): “el concepto del Consejo Superior de la Judicatura no es vinculante”, no es susceptible de mayor análisis, pues desarrollarlo en el presente caso implicaría caer en el vicio de la circularidad: el concepto del Consejo Superior no es vinculante, la ley me permite decidir discrecionalmente, esta decisión es legal porque es discrecional. De otro lado, es importante aclarar que la discrecionalidad del nominador tiene dos funciones: la primera liberar a la carrera judicial de un manejo centralizado por parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y la segunda, garantizar que en cada caso el nominador pueda realizar un juicio objetivo de oportunidad y conveniencia. Asimismo es importante aclarar que discrecionalidad no significa licencia para decidir arbitrariamente, sin apego al derecho, a los principios que inspiran toda actuación administrativa y en especial, a las disposiciones que gobiernan la carrera judicial.

18.2 El segundo argumento (razón b): con la negativa “se pretende garantizar el buen desempeño del juzgado”, es un argumento bivalente. Por un lado puede que consulte razones de oportunidad defensables, pero, por otro, puede que sea ligero en la pretendida valoración objetiva de las circunstancias. En el primer sentido, es verosímil que la titular del Juzgado asuma que la persona que en la actualidad desempeña el cargo garantiza condiciones de eficiencia y productividad, lo que sin duda es válido en aras de proteger el desarrollo adecuado de la función pública. En el segundo sentido, es apresurado, pues parece

descalificar desde el inicio la capacidad de trabajo de la persona que solicita el traslado. Ahora esta situación era susceptible de resolverse objetivamente mediante el cotejo de los resultados obtenidos en los respectivos concursos, y sobre todo, a partir del cotejo del escalafón; o incluso con el aporte de otro tipo de información que pudiera garantizar certidumbre. Una valoración subjetiva producto de la simple percepción y sin apoyo en información relevante es ligera y llama arbitrariedad.

18.3 El tercer argumento (razón c): “la persona que en la actualidad desempeña el cargo de secretaria, a pesar de que no tiene la categoría de Circuito es quien lidera el equipo de trabajo y muestra mayor rendimiento y productividad”, es inadmisibles a la luz de los principios que orientan la carrera judicial. Si el cargo de que se trata es para una persona escalafonada en la categoría de circuito (y quien lo ocupa está escalafonada en la categoría de municipal) y además está vacante (la persona que lo ejerce está nombrada en provisionalidad), las disposiciones que regulan la carrera judicial indican que la persona que solicita el traslado debería ser nombrada.

De acuerdo con el artículo 156 de la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, la carrera judicial se basa en el carácter profesional de funcionarios y empleados, en la eficacia de su gestión, en la garantía de igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos para tal efecto, y en la consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio.

Bajo tales consideraciones, la decisión de la Juez de Menores de no acceder a la solicitud de traslado de la señora Santiago, desconoce los principios de la carrera judicial, tanto en materia de igualdad, como en la consideración del mérito como elemento determinante para tomar decisiones en relación con la provisión de los cargos.

18.4 Cuarto argumento (razón d): “a pesar de que la solicitud de traslado se fundamentó en la enfermedad grave de su hijo, esta situación no le hace imposible a la peticionaria continuar en el cargo que actualmente desempeña.” La verdad de esta afirmación no es evidente. En este sentido era indispensable que la Juez hubiese respaldado su afirmación con consideraciones adicionales que permitieran revestirla de objetividad, y evitar así que la misma sea producto de su percepción subjetiva del asunto, o de su valoración personal respecto del estado de la relación entre madre e hijo y de la inexistencia de afectación en el

ánimo de la madre.

18.5 Quinto argumento (razón e) “que la jurisdicción del menor difiere de la penal.” Esta afirmación es parcialmente cierta. Es obvio que en este caso se trata de dos disciplinas jurídicas diferentes. No obstante, las dos tienen elementos comunes como que se trata en ambos casos de derecho sancionatorio, que ambas comparten los mismos principios generales, y que las normas procesales tienen puntos de identidad innegables, luego, este argumento no es suficiente para no acceder a una solicitud de traslado.

19. En conclusión, la circularidad del primer argumento, la bivalencia del segundo, la inadmisibilidad del tercero, la ilegalidad del cuarto y la insuficiencia del quinto, demuestran cómo en el presente asunto, la titular del Juzgado de Menores, desbordó su competencia discrecional y resolvió sobre la solicitud de traslado de manera arbitraria, sin consultar verdaderas razones de carácter objetivo, pero sobre todo, sin consultar los principios que informan la carrera judicial. Esta circunstancia desconoce el derecho fundamental de la señora Santiago al debido proceso administrativo.

20. Finalmente, la Corte considera que, a pesar de que existen razones para afirmar que en el presente caso se ha desconocido el derecho fundamental al debido proceso administrativo de la ciudadana Luz Marina Santiago, también es cierto que este tipo de situaciones son por regla general de conocimiento del juez contencioso. En efecto, esta sería la regla aplicable de no presentarse la circunstancia del perjuicio irremediable. Para la Corte es claro que la motivación del traslado (hijo diagnosticado con una enfermedad terminal) unida a la negativa arbitraria de no acceder al nombramiento, hacen que la tutela se convierta en la única forma de evitar que al asumir la defensa judicial de sus derechos ante la jurisdicción contenciosa, y ante una eventual sentencia favorable varios años después, la orden de traslado carezca de cualquier sentido para la actora.

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

**RESUELVE**

Primero. Revocar las sentencias dictadas por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Villavicencio y la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que negaron la tutela de los

derechos fundamentales de la ciudadana Luz Marina Santiago Pardo, y en su lugar, conceder la tutela del derecho fundamental al debido proceso administrativo de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

Segundo. Dejar sin efectos los actos administrativos mediante los cuales se decidió negar el nombramiento por traslado de la ciudadana Luz Marina Santiago Pardo que fueron proferidos por el Juzgado de Menores de Villavicencio, y en su lugar ordenar a la titular de dicho Juzgado que en el término de tres días hábiles, reanude la actuación administrativa con el fin de nombrar como secretaria en propiedad del mismo despacho, a la ciudadana Luz Marina Santiago Pardo.

Tercero. Por Secretaría General librar las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (E)

1 Estos elementos fueron definidos en la célebre sentencia T- 225 de 1993, y han sido reiterados de manera uniforme en diferentes oportunidades por esta Corporación. Ver, por ejemplo, sentencias SU-250 de 1998, T-301 y T-931 de 2001, T-478 de 2002 entre otras.

2 “Cuando el interesado lo solicite por razones de salud o seguridad, debidamente comprobadas, que le hagan imposible continuar en el cargo o por estas mismas razones se encuentre afectado o afectada su cónyuge, compañera o compañero permanente, descendiente o ascendiente en primer grado de consanguinidad o único civil, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el funcionario y medie su consentimiento expreso”.

3 Sobre el derecho a mantener la unidad familiar como derecho fundamental, Cfr. Sentencias T-277 de 1994, T-447 de 1994, T-605 de 1997 y T-785 de 2002.

4 Así, por ejemplo, en la Sentencia T-227 de 1994 este derecho se entiende en términos técnicos, como el privilegio de permanecer en el seno de la familia o por lo menos cerca de ella. Sin embargo, en esta oportunidad no se concede el amparo, al mediar privación lícita de la libertad y posteriormente un traslado a una cárcel ubicada en un domicilio distante del domicilio familiar. Sobre la no vulneración de este derecho en el caso de traslado de internos a las cárceles distantes del domicilio familiar, ver Sentencias T-605 de 1997 y T-785 de 2002.

5 Así por ejemplo en la sentencia T-447 de 1994, la Corte entendió el derecho a mantener la unidad familiar como un privilegio de no desintegración. En esta oportunidad se resolvió el caso de una menor que padecía una grave enfermedad (hidrocefalia) la cual requería tratamiento especializado; sus padres, docentes en Pacho (Cundinamarca) solicitaron en repetidas ocasiones (durante 8 años) su traslado a Bogotá. La Corte concedió el amparo, al considerar que la separación física entre padres e hija, forzada por la situación de salud de esta última y la necesidad de atención especializada, desconocía el derecho a la unidad familiar, ordenó a la Gobernación darle prelación (en la medida de las posibilidades) a la solicitud de traslado elevada.

6 Cfr., Sentencia T-1190 de 2003, en este caso, el actor, recluso en la cárcel de Valledupar, no contaba con medios económicos para poder comunicarse con sus familiares domiciliados en el municipio de Gigante (Huila) y le habían negado una solicitud de trabajo. La Corte consideró que tal situación le vulneraba el derecho a mantener el contacto con su familia, en consecuencia ordenó al director del penal revisar la solicitud de trabajo.

7 La aplicación de factores objetivos se encuentra a la base de toda la jurisprudencia

constitucional en materia de carrera judicial. Al respecto ver entre otras las Sentencias C-037 de 1996, SU-086 de 1999, T-451 de 2001.