

-Sentencia T-488/11

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE TRASLADO LABORAL-Casos en que procede

En lo que respecta a las decisiones de la administración pública referentes a traslados, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la acción de tutela, en principio, es improcedente para controvertirlas, ya que el ordenamiento jurídico cuenta con vías procesales especiales para ello, como lo son, la acción de nulidad y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Empero, esta Corporación ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones de la administración pública referentes a traslados, cuando tengan lugar situaciones fácticas especiales, en las que se presente una amenaza o vulneración a los derechos fundamentales del trabajador o de su núcleo familiar. Excepcionalmente, la acción de tutela procederá contra decisiones que nieguen u ordenen traslados de funcionarios públicos, siempre que tales decisiones sean arbitrarias, intempestivas o violatorias de los derechos fundamentales del accionante o de su núcleo familiar.

IUS VARIANDI-Alcance y límites

Una de las manifestaciones más usuales en el ejercicio del ius variandi es la orden de traslado, y tal orden se concretará siempre que no se configure una afectación negativa en la situación laboral del trabajador. Si bien el ius variandi se aplica tanto en el ámbito del derecho privado como en el del derecho público, al intervenir una entidad estatal, se inmiscuye el interés general y los principios de la función pública, que posibilitan, en ciertas circunstancias, tomar determinaciones que implican, necesariamente, la valoración y primacía del interés general, razón por la cual algunas entidades cuentan con plantas globales y flexibles, que permiten que el empleador cuente con mayor discrecionalidad al valorar las circunstancias para ordenar un traslado, sin que dicha potestad se considere arbitraria. El ejercicio del ius variandi encuentra sus límites en el respeto por los derechos adquiridos y la imposibilidad de desmejorar las condiciones laborales de quien se pretende trasladar, y en esa medida su aplicación debe tener en cuenta los derechos fundamentales del trabajador, los derechos de terceros que eventualmente podrían resultar afectados y todos aquellos factores de relevancia para evitar que se produzca una decisión arbitraria. De

otro lado, la persona que resulte afectada por el ejercicio del ius variandi, deberá demostrar en qué medida la modificación ordenada lesiona sus derechos fundamentales o los de su núcleo familiar, ya que no es suficiente con manifestar su inconformidad u oposición.

MADRE CABEZA DE FAMILIA-Extensión de la protección al padre cabeza de familia

La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que la protección brindada a las madres cabeza de familia se predica también a los padres jefes de hogar, en respuesta a la especial protección que el ordenamiento superior ha dispuesto para los niños y niñas en función del grupo familiar que se encuentra a cargo de uno de los progenitores. La jurisprudencia constitucional extendió el concepto de madre cabeza de familia a los padres, hombres, siempre y cuando éstos estén en las condiciones que fijó el legislador para que una mujer se repute madre cabeza de familia. Tales condiciones se deben demostrar ante las autoridades competentes, aunque no se exige sino que se comprueben ‘algunas de las situaciones que se enuncian’, en la medida en que no son todas ni las únicas, y esa protección tiene como sujetos beneficiarios a los hijos menores de 18 años o en situación de discapacidad, ambos, sujetos de especial protección constitucional.

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Reiteración de jurisprudencia

El artículo 44° Superior consagra el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separado de ella, lo cual está encaminado a mantener el contacto directo o la cercanía física permanente de éstos con su familia. Además, establece la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas por sobre los derechos de los demás. Esta Corporación ha insistido en que los niños y las niñas precisan del afecto de sus familiares para tener un crecimiento armónico; de modo que imposibilitarlo, puede llevarlos a carecer de los lazos afectivos que necesita para su tranquilidad y desarrollo integral. Cabe sostener que cada asunto particular que involucre la protección de los derechos e intereses superiores de los niños, niñas y adolescentes, debe analizarse teniendo en cuenta las consideraciones individuales y características del caso, “atendiendo a los derechos propios del menor de edad, como lo son el amor, la asistencia, el cuidado y la protección que demanda el desarrollo de su personalidad, en procura de alcanzar condiciones más favorables y dignas.”

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR-Orden al INPEC de suspender orden de traslado hasta que los menores finalicen año escolar

Referencia: expediente T-2.921.636.

Acción de Tutela instaurada por Marco Farid Raigoso Garibello contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil once (2011).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Dos (02) de dos mil once (2011) de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD

Marco Farid Raigoso Garibello, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), al considerar que la orden de traslado

vulneró su derecho fundamental a la unidad familiar y los de su madre y sus hijos a tener una familia y a no ser separados de ella. Por lo anterior, solicitó la protección de dichos derechos y, como medida provisional, la suspensión de la ejecución y aplicación de la Resolución N°010563 del 24 de agosto de 2010, a través de la cual, por necesidades del servicio, se ordenó su traslado como oficial logístico del Establecimiento Carcelario de Bogotá al Establecimiento Carcelario de Jamundí (Valle del Cauca).

Fundamentó su petición en los siguientes:

1. HECHOS

1. El accionante, Marco Farid Raigoso Garibello, manifestó que se desempeña en el cargo de Oficial Logístico, Código 2053, Grado 06, del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria del INPEC, desde el 20 de diciembre de 1990 (cd.1, fl. 16-31).

1. La Dirección General del INPEC, mediante Resolución N° 010563 del 24 de agosto de 2010, ordenó su traslado del Establecimiento Carcelario de Bogotá al Establecimiento Carcelario de Jamundí (Valle del Cauca), argumentando necesidades del servicio (cd.1, fl. 74-77).

1. El 02 de septiembre de 2010 interpuso recurso de reposición contra la resolución proferida por la Dirección General del INPEC, en los términos del Código Contencioso Administrativo y dentro del término legal correspondiente, con fundamento en los siguientes argumentos (cd.1, fl. 78-84):

1.2.3.1. Que su núcleo familiar está compuesto por su madre, Ana Delia Garibello Ruiz de 77 años de edad, y sus hijos Andrés Mateo Raigoso Grisales de 11 años de edad y Juliana Andrea Raigoso Grisales de 9 años de edad (cd.1, fl.78);

1.2.3.2. Que debido a la edad de su madre y teniendo en cuenta que la misma no percibe

salario, renta o pensión alguna, él asumió su cuidado (cd.1, fl.78);

1.2.3.3. Que mediante acta de conciliación del 12 de diciembre de 2007, asumió la custodia provisional de sus hijos, Andrés Mateo Raigoso Grisales y Juliana Andrea Raigoso Grisales, comprometiéndose a cumplir con las obligaciones de cuidado y protección (cd.1, fl. 78 y 79);

1.2.3.4. Que debido a lo anterior recibe un subsidio familiar por parte de Colsubsidio, que contribuye a aliviar la carga económica que representa el sostenimiento de su familia (cd.1, fl.78); y

1.2.3.5. Que sus hijos se encuentran matriculados en el colegio Thomas Alva Edison de Soacha, aprobado según Resolución N° 002551 del 13 de diciembre de 2001, y que se encuentran vinculados a un programa de desarrollo integral en la fase inicial de nivelación que está dirigido exclusivamente a los alumnos de dicha institución y que busca corregir los vacíos que los estudiantes presentan en su proceso de aprendizaje, de modo que de estudiar en otra institución tendría que asumir un costo económico elevado para mantenerlos en el mencionado programa (cd.1, fl. 81-82).

1. El 13 de septiembre de 2010, mediante Resolución N° 003151, la Dirección General del INPEC confirmó la Resolución N° 010563 del 24 de agosto de 2010 mediante la cual se ordenó el traslado (cd.1, fl. 86-90).

1. El 14 de septiembre de 2010 interpuso acción de tutela y solicitó como medida provisional que en cuanto el recurso de amparo fuese admitido, se suspendiera la ejecución y aplicación de la Resolución N° 010563 del 24 de agosto de 2010, proferida por la Dirección General del INPEC mientras se toma una decisión definitiva.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante Auto del dieciséis (16) de septiembre de 2010, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá D.C. admitió la demanda interpuesta y dio traslado a la entidad accionada para que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción.

Posteriormente, mediante Auto del veinticuatro (24) de septiembre de 2010, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá D.C. denegó la medida provisional solicitada porque no existía urgencia de adoptar una medida de conservación o de seguridad encaminada a proteger derecho fundamental alguno o a evitar la producción de un daño (cd.1, fl.118).

1. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)

El 27 de septiembre de 2010, la dependencia que asesora jurídicamente al INPEC, allegó oficio en el que manifestó:

1.3.1.1. Que cuando se puede ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y existe la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos, la acción de tutela no es procedente (cd.1, fl.102).

1.3.1.2. Que las pretensiones del accionante deben declararse improcedentes, ya que no se configura un inminente perjuicio irremediable (cd.1, fl.103).

1.3.1.3. Que la normatividad que se aplica a los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, es decir, el Decreto 407 de 1994, consagra que los funcionarios vinculados a tal entidad están sujetos a traslados y que éste “se produce cuando el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, mediante resolución, provee en forma permanente con un miembro del Instituto, un cargo vacante a nivel similar en un establecimiento carcelario, asignándole funciones afines a las que desempeñaba en el establecimiento de origen. Así mismo cuando es llamado a adelantar curso para ascenso. Una vez notificado oficialmente el interesado, éste cumplirá la disposición de traslado en los siguientes términos máximos: a. Dentro de los doce días siguientes a la fecha de notificación oficial, si cumplen funciones directivas o de manejo. b. Dentro de los seis días siguientes a la fecha de notificación oficial, en los demás casos. c. Inmediatamente, cuando se trate de urgencias motivos de orden público penitenciario u otras razones de conveniencia

institucional determinadas por el ordenador del traslado.” (cd.1, fl.104).

1. PRUEBAS DOCUMENTALES

A continuación se relacionan las pruebas documentales que reposan en el expediente:

1. Copia de la tarjeta de identidad de Andrés Mateo Raigoso Grisales y Juliana Andrea Raigoso Grisales (cd.1, fl.56 y 57).

1. Copia del acta de conciliación de regulación de custodia del 12 de diciembre de 2007, en el que Marco Farid Raigoso Garibello y Adriana Grisales Restrepo acordaron libremente la custodia provisional de Andrés Mateo Raigoso Grisales y Juliana Andrea Raigoso Grisales en cabeza del padre (cd.1, fl.73).

1. Copia de los documentos en los que consta que Andrés Mateo Raigoso Grisales y Juliana Andrea Raigoso Grisales se encuentran matriculados en el Colegio Thomas Alva Edison, el año escolar que cursan y los logros académicos obtenidos (cd.1, fl. 58-68).

1. Copia del documento en el que la entidad Good Readers For Colombia certifica que Andrés Mateo Raigoso Grisales y Juliana Andrea Raigoso Grisales “se encuentra[n] vinculados al programa de Desarrollo Integral en la fase inicial de nivelación, para corregir vacíos que presenta[n] en su proceso de aprendizaje y desarrollar habilidades, esta fase de nivelación comprende (...), este beneficio está dirigido única y exclusivamente a los alumnos del Colegio Thomas Alva Edison ubicado en el municipio de Soacha, quienes son apadrinados por nuestra institución y recibe[n] este proceso en las instalaciones del mismo.” (cd.1, fl.70).

1. Copia del documento en el que la representante legal y administradora de la Agrupación Residencial Cerezos II certifica que Andrés Mateo Raigoso Grisales y Juliana Andrea Raigoso Grisales, y la señora Ana Delia Garibello Ruiz, residen con el propietario de la vivienda, es decir, el señor Marco Farid Raigoso Garibello (cd.1, fl.69).

1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Ana Delia Garibello Ruiz, madre del señor Marco Farid Raigoso Garibello, y que a la fecha tiene 78 años de edad (cd.1, fl.53).

1. Copia de la declaración juramentada ante notario, en la que la señora Ana Delia Garibello Ruiz manifiesta que es soltera, sin unión marital de hecho y que no percibe renta o pensión alguna, ni ingresos de ningún tipo, y en la que además señala: “desde el mes de septiembre del año 2007 convivo bajo el mismo techo con mi hijo Marco Farid Raigoso Garibello (...) quien trabaja como empleado y con el salario que recibe vela por mi sostenimiento; aclaro que dependo económicamente sólo de mi hijo ya nombrado.” (cd.1, fl.71).

1.4.9. Copia de la declaración juramentada ante notario, en la que el señor Marco Farid Raigoso Garibello manifiesta que es soltero -“separado desde hace 3 años”- sin unión marital de hecho actualmente y que es padre cabeza de familia. Señala además que sus dos hijos “viven bajo mi mismo techo” y “dependen económicamente solo de mí” (cd.1, fl.72).

1.4.10. Copia de la Resolución N° 010563 del 24 de agosto de 2010 proferida por la Dirección General del INPEC, en la que se ordenó el traslado del señor Marco Farid Raigoso Garibello del Establecimiento Carcelario de Bogotá al Establecimiento Carcelario de Jamundí (Valle del Cauca) (cd.1, fl. 74-77).

1.4.11. Copia del recurso de reposición que el 02 de septiembre de 2010 interpuso el señor Marco Farid Raigoso Garibello con la Resolución N° 010563 del 24 de agosto de 2010 proferida por la Dirección General del INPEC (cd.1, fl.78-84).

1.4.12. Copia de la Resolución N° 003151 del 13 de septiembre de 2010 proferido por la Dirección General del INPEC en el que se resolvió el recurso de reposición aludido, confirmando la Resolución N° 010563 del 24 de agosto de 2010 (cd.1, fl.86-90).

1.5. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

Dadas las circunstancias específicas del asunto bajo revisión y la pretensión del accionante, mediante Auto del dos (02) de mayo de dos mil once (2011), y para mejor proveer, esta Sala solicitó:

1.5.1. Al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), que informe si se efectuó el traslado del señor Marco Farid Raigoso Garibello al Establecimiento Carcelario de Jamundí (Valle del Cauca);

1.5.2. A la institución educativa Thomas Alva Edison de Soacha, que informe si Andrés Mateo Raigoso Grisales y Juliana Andrea Raigoso Grisales aún se encuentran vinculados a dicha institución;

1.5.3. A la entidad Good Readers For Colombia, que allegue un informe descriptivo del programa que brinda en la institución educativa Thomas Alva Edison de Soacha y aclare si brinda el mismo servicio en otras entidades educativas o de forma independiente, así como el costo de dicho programa para personas no vinculadas con las instituciones educativas con las que no tengan un convenio; y

1.5.4. A la Secretaría de Educación del Municipio de Jamundí (Valle del Cauca), que informe si en dicho municipio las instituciones educativas cuentan con programas de desarrollo integral en la fase inicial de nivelación, encaminados a corregir los vacíos en el proceso de aprendizaje de los estudiantes y desarrollar habilidades como: motricidad, pinza, trazos, concentración, atención, comprensión, retención, análisis, lectoescritura, inteligencia emocional y método de estudio.

1.6. PRUEBAS ALLEGADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1.6.1. Mediante oficio allegado el 10 de mayo de 2011, la Asesoría Jurídica del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), manifiesta que:

“Con base en lo informado por el Subdirector Comando de Custodia y Vigilancia del INPEC en el memorando 7300-SCCV-675 de mayo 06 del año que avanza, el señor Oficial Logístico Marco Farid Raigoso Garibello, se presentó en el EP Jamundí, el 25 de febrero de 2011 acorde con memorando 1463 de diciembre 27 de 2010 del director del EC Bogotá.

Así mismo informa que al precitado funcionario le fue concedida licencia sin remuneración por el término de 60 días a partir del 28 de febrero de 2011; y se le concedió un periodo de vacaciones por solicitud del mencionado Oficial Logístico, a partir de 28 de abril de 2011.” (cd.3, fl. 29, 30, 31 y 32).

1.6.2. Mediante oficio allegado el 12 de mayo de 2011, la institución educativa Thomas Alva Edison de Soacha, manifiesta que Andrés Mateo Raigoso Grisales y Juliana Andrea Raigoso Grisales, aún se encuentran vinculados a la institución (cd.3, fl. 20, 21, 36 y 37).

1.6.3. Vencido el término otorgado para allegar pruebas, la entidad Good Readers For Colombia y la Secretaría de Educación del Municipio de Jamundí (Valle del Cauca) no dieron respuesta alguna a la Sala.

1. DECISIONES JUDICIALES

1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA: JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá, mediante providencia del veintinueve (29) de septiembre de dos mil diez (2010), concedió de manera transitoria el amparo del derecho a la unidad familiar “en conexidad” con los derechos fundamentales de los hijos del accionante y en esa medida suspendió los efectos jurídicos de la Resolución N°010563 del 24 de agosto de 2010, en lo que respecta al traslado del mismo, hasta tanto no se diera un pronunciamiento definitivo por la autoridad judicial competente, previniendo por ende al actor que dentro de los 4 meses siguientes a la notificación del fallo debía acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa en procura del amparo definitivo de sus derechos (cd.1, fl.130 y 131). El juez fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

2.1.1. La Resolución N° 010563 del 24 de agosto de 2010, en virtud de la cual se dispuso el traslado de Marco Farid Raigoso Garibello a la ciudad de Jamundí (Valle del Cauca), cuenta con una presunción legal y por tanto debe ser controvertida en la jurisdicción contenciosa administrativa mediante acción de nulidad o acción de nulidad y restablecimiento del derecho; sin embargo, no se puede omitir que de los hechos probados se hace necesaria la intervención del juez constitucional, en la medida en que con tal determinación se ven afectados los derechos fundamentales de los hijos del accionante (cd.1, fl.126 y 127);

2.1.2. Del acta de conciliación de regulación de custodia del 12 de septiembre de 2007, se infiere la incapacidad económica de la madre de los niños para velar por su cuidado y manutención, ya que no percibe ingresos y que “el hecho de haber acordado en cabeza del padre la custodia de los menores, evidencia aún más la imposibilidad de velar por el cuidado de aquéllos” (cd.1, fl.127);

1. Que “los menores se encuentran cursando su año lectivo, y disponer el traslado intempestivo e inmediato de su padre, conllevaría un retroceso en el proceso de aprendizaje, pues aquello devendría en dos circunstancias que pondrían en riesgo su desarrollo académico, i) el retiro de la institución académica sin terminar el periodo lectivo, o ii) continuar estudiando sin el apoyo emocional de su padre.” (cd.1, fl.127);

2. El artículo 44 Superior, consagra el derecho fundamental de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella, lo cual se refiere “tanto a la cercanía física como a la anímica, pues este derecho busca, en lo posible, el contacto directo o la cercanía física permanente del niño con su familia y sobretodo con sus padres” y que “Los niños y las niñas necesitan para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares y al impedírsele o negárselo, [se] entorpece su crecimiento y puede llevarlo[s] a carecer de [los] lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y su desarrollo integral; por tanto, respetar las emociones y afectos de los niños y las niñas, es respetar su dignidad y es abrirles paso para que ellos mismos las respeten y respeten a los demás.” (cd.1, fl.128 y 129).

1. IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El 07 de octubre de 2010, la entidad accionada impugnó la decisión reiterando los fundamentos presentados en el escrito de contestación de la acción de tutela.

1. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA: TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. SALA DE DECISIÓN PENAL

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., mediante providencia del once (11) de noviembre de dos mil diez (2010), revocó la sentencia de primera instancia y denegó el amparo solicitado, por cuanto no evidenció un perjuicio inminente, ya que con el traslado del accionante, sus hijos y su madre no quedarán en situación de abandono, al considerar que:

2.3.1. Que independientemente de haber llegado a un acuerdo conciliatorio en el que se radicó la custodia provisional de Andrés Mateo Raigoso Grisales y Juliana Andrea Raigoso Grisales en cabeza de su padre, Marco Farid Raigoso Garibello, la progenitora podría asumir su cuidado, en la medida que “es una persona con capacidad física, psíquica y moral para velar por sus descendientes y brindarles afecto, cariño, protección, y orientación pues no reposa elemento de juicio que permita determinar lo contrario. Por eso, se concluye que no [se] evidencia la inminencia del perjuicio porque se reitera, que los menores cuentan con la progenitora e inclusive con la misma abuela paterna, quienes sin duda les brindaran protección permanente, real y efectiva, sin perjuicio de que el aquí accionante continúe velando por la manutención de los mismos a pesar de encontrarse en otra ciudad, por lo menos mientras termine el año lectivo 2010, y si lo decide el aquí accionante los llevé consigo a la ciudad donde fue trasladado.” (cd.2, fl.11).

2.3.2. Frente al cuidado de su madre, que “si lo que pretende el accionante es que ella continúe viviendo en Bogotá, el cuidado de la misma recae en su otra hija, que a pesar de las afecciones de salud que señaló el actor en su escrito de tutela, y que además no fueron probadas en el presente trámite, no le impide estar pendiente de su progenitora, más aun cuando seguramente seguirá colaborando económicamente para la manutención.” (cd.2, fl.11).

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de la referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

El presente caso gira en torno a determinar si resulta procedente la suspensión provisional de la Resolución No. 010563 del 24 de agosto de 2010 proferida por la Dirección General del INPEC, mediante la cual se ordenó el traslado de Marco Farid Raigoso Garibello del Establecimiento Carcelario de Bogotá a uno en la ciudad de Jamundí (Valle del Cauca), por necesidades del servicio, sin tener en cuenta su situación familiar.

Para lo anterior, la Corte llevará a cabo el estudio de los siguientes puntos: primero, la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para controvertir decisiones de la administración pública referentes a traslados; segundo, el alcance y limitaciones del ejercicio del ius variandi; tercero, la condición de padre cabeza de familia; y cuarto, el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella. Una vez finalizado el estudio se analizará el caso concreto.

1. Procedencia de la acción de tutela como mecanismo para controvertir decisiones de la administración pública referentes a traslados. Reiteración de jurisprudencia

3.3.1. El Decreto 2591 de 1991 señala en su artículo 6°, numeral 1°, que la existencia de otros medios de defensa judicial configura una causal de improcedencia de la acción de tutela, salvo que la misma se emplee como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia o no de un perjuicio irremediable se determinará al evaluar las

circunstancias particulares en que se encuentra el accionante.

La Corte Constitucional efectuó el estudio sobre los supuestos que configuran un perjuicio irremediable en la Sentencia T-225 de 19931. En dicha decisión esta Corporación manifestó que para que tenga lugar la irremediabilidad, es necesaria la concurrencia de: i) un perjuicio inminente; ii), medidas que deben adoptarse de manera urgente frente al mismo; y iii), que el peligro emergente sea grave; ya que de ese modo la protección a los derechos fundamentales se torna impostergable. Por lo anterior, puede sostenerse que la existencia de otros mecanismos de defensa judicial no excluye prima facie la competencia del juez de tutela para conocer sobre un asunto.

3.3.2. Ahora bien, en lo que respecta a las decisiones de la administración pública referentes a traslados, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la acción de tutela, en principio, es improcedente para controvertirlas, ya que el ordenamiento jurídico cuenta con vías procesales especiales para ello, como lo son, la acción de nulidad y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho². La Corte manifestó al respecto en la Sentencia T-965 de 2000:

“(…) la acción de tutela no es el medio judicial adecuado para controvertir la legalidad del acto administrativo que ordenó el traslado en cuestión, ni tampoco se puede por esta vía excepcional, pretender revocar, suspender o reformar dicho acto, pues esta facultad corresponde de manera exclusiva y excluyente al juez contencioso administrativo, función que es indelegable, y que por ningún motivo puede abrogarse el juez constitucional, pues carece de competencia para ello.” ³

3.3.3. Empero, esta Corporación ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones de la administración pública referentes a traslados, cuando tengan lugar situaciones fácticas especiales, en las que se presente una amenaza o vulneración a los derechos fundamentales del trabajador o de su núcleo familiar⁴.

3.3.4. En la ya citada Sentencia T-965 de 2000, la Corte Constitucional hizo referencia a las situaciones en las que procede la acción de tutela como mecanismo para controvertir decisiones de la administración pública referentes a traslados, en los siguientes términos:

“(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 requerido⁵; (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 superables⁶; (3) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia⁷. No sobra advertir que, para que la acción de tutela pueda proceder, las circunstancias alegadas deben encontrar pleno respaldo probatorio en el correspondiente expediente⁸.”⁹

3.3.5. Posteriormente, en la Sentencia T-468 de 2002, esta Corporación reiteró lo manifestado anteriormente, al señalar:

“(…) la procedencia de la acción sólo opera cuando el acto (i) sea ostensiblemente arbitrario, es decir, carezca de fundamento alguno en su expedición, (ii) fuere adoptado en forma intempestiva y (iii) afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar. Ahora bien, esto último puede darse de diversas formas, como cuando el traslado genera serios problemas de salud, ‘especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones para brindarle el cuidado médico requerido’, cuando pone en peligro la vida o la integridad del servidor o de su familia, o en aquellos eventos donde la ruptura del núcleo familiar va más allá de una simple separación transitoria y es originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables¹⁰. Solamente en estos eventos queda autorizada la intervención mediante tutela: lo contrario significa una intromisión ilegítima en la competencia del juez administrativo¹¹”¹² (Negritas fuera de texto).

3.3.6. De modo que si se presenta alguna de las situaciones aludidas, el juez de tutela podría reconocer y permitir discriminaciones positivas a favor de los trabajadores, para que se garanticen sus derechos al trabajo en condiciones dignas y justas, y a la unidad familiar¹³.

3.3.7. Puede concluirse así que excepcionalmente la acción de tutela procederá contra decisiones que nieguen u ordenen traslados de funcionarios públicos, siempre que tales decisiones sean arbitrarias, intempestivas o violatorias de los derechos fundamentales del accionante o de su núcleo familiar.

Aclarado lo concerniente a la procedencia de la acción de tutela contra decisiones que

nieguen u ordenen traslados de funcionarios públicos, la Sala estudiará el tema del ius variandi, ya que si bien la administración cuenta con la potestad de modificar las condiciones iniciales de la prestación del servicio, dicha facultad no es absoluta.

1. Alcance del ius variandi. Reiteración de jurisprudencia

3.4.1. El ius variandi ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como la potestad en cabeza del empleador para modificar las condiciones de modo, cantidad, tiempo y lugar de trabajo de sus empleados, en ejercicio de su poder de subordinación¹⁴, y se aplica tanto a las relaciones de derecho privado, como a las de derecho público, dado que el ejercicio de esta potestad no se circunscribe al tipo de vínculo o la clase de empleador, sino al reconocimiento del trabajador como sujeto de derechos.

3.4.2. Una de las manifestaciones más usuales en el ejercicio del ius variandi es la orden de traslado, y tal orden se concretará siempre que no se configure una afectación negativa en la situación laboral del trabajador. Si bien el ius variandi se aplica tanto en el ámbito del derecho privado como en el del derecho público, al intervenir una entidad estatal, se inmiscuye el interés general y los principios de la función pública, que posibilitan, en ciertas circunstancias, tomar determinaciones que implican, necesariamente, la valoración y primacía del interés general, razón por la cual algunas entidades cuentan con plantas globales y flexibles, que permiten que el empleador cuente con mayor discrecionalidad al valorar las circunstancias para ordenar un traslado, sin que dicha potestad se considere arbitraria¹⁵.

3.4.3. La Corte Constitucional ha aclarado que el diseño y utilización de plantas globales y flexibles en la administración no vulnera el derecho al trabajo o algún otro derecho fundamental, dado que la aplicación de las mismas implica una armonización con las necesidades del servicio público y el interés general. Esta Corporación, en la Sentencia T-715 de 1996, señaló:

“Con todo, prima facie no se observa una evidente contradicción entre el establecimiento de las plantas globales y la normativa constitucional. La planta de personal global y flexible tiene por fin garantizarle a la administración pública mayor capacidad de manejo de su

planta de funcionarios, con el objeto de atender las cambiantes necesidades del servicio y de cumplir de manera más eficiente con las funciones que le corresponden. Este es, pues, un punto en el que existe tensión entre el interés general y los deberes del Estado, y los derechos de los trabajadores. Sin embargo, no es claro que el establecimiento de una planta global afecte el núcleo esencial de la estabilidad y los derechos de los trabajadores, ya que éstos siguen gozando de ellos, pero en una forma tal que se armonizan con el interés de elevar la eficiencia de la administración.” 16 (Negritas fuera del texto).

Como consecuencia de lo anterior, puede sostenerse que la estabilidad territorial de aquellas personas que laboran en instituciones con plantas globales y flexibles es menor que la de quienes se desempeñan laboralmente en otro tipo de instituciones, ya que por razones de interés general se justifica el trato diferente.

3.4.4. En la Sentencia T-468 de 200217, esta Corporación manifestó que la Fiscalía General de la Nación¹⁸, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)¹⁹, la Registraduría Nacional del Estado Civil²⁰, la Aeronáutica Civil²¹, los cuerpos de la Fuerza Pública²² y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)²³, son algunas de las entidades que cuentan con plantas globales y flexibles. En la misma sentencia hizo referencia al ejercicio del ius variandi en relación con los funcionarios INPEC, señalando que:

“(…) Todo lo dicho indica que las atribuciones en materia de traslados tienen que acentuarse significativamente en la actividad carcelaria, por lo cual, salvo situaciones excepcionales, que deben ser calificadas por la entidad nominadora dentro de los ya mencionados límites del poder discrecional, la regla aplicable es la de una permanente disponibilidad de los funcionarios públicos a su servicio, quienes desde su vinculación están advertidos acerca de las posibilidades de traslado y redistribución en los distintos establecimientos del país.

Así las cosas, a menos que se pruebe la existencia de un verdadero e inminente peligro para la salud o la vida del afectado, o una circunstancia familiar de excepcionales características, en la que estén comprometidos derechos fundamentales, no es la acción de tutela el mecanismo jurídico apto para oponerse al legítimo ejercicio del ius variandi por parte de la autoridad penitenciaria²⁴.”²⁵ (Negritas fuera del texto).

3.4.5. Con las advertencias planteadas anteriormente, el ejercicio del ius variandi encuentra sus límites en el respeto por los derechos adquiridos y la imposibilidad de desmejorar las

condiciones laborales de quien se pretende trasladar, y en esa medida su aplicación debe tener en cuenta los derechos fundamentales del trabajador, los derechos de terceros que eventualmente podrían resultar afectados y todos aquellos factores de relevancia para evitar que se produzca una decisión arbitraria.

De otro lado, la persona que resulte afectada por el ejercicio del ius variandi, deberá demostrar en qué medida la modificación ordenada lesiona sus derechos fundamentales o los de su núcleo familiar, ya que no es suficiente con manifestar su inconformidad u oposición.

3.4.6. Límites al Ius Variandi: Reiteración de jurisprudencia

3.4.6.1. Como se manifestó anteriormente, el ius variandi encuentra sus límites en el respeto por los derechos fundamentales del trabajador y la dignidad humana; de modo que carece de carácter absoluto y ostenta un carácter condicional, dado que la potestad de alterar las condiciones de trabajo, se sujeta a necesidades razonables de la entidad, siempre que ellas no impliquen una desmejora de las condiciones laborales del trabajador²⁶. La Corte manifestó al respecto en la Sentencia T-483 de 1993:

“El ius variandi no es absoluto. Está limitado, ante todo, por la norma constitucional que exige para el trabajo condiciones dignas y justas (art. 25 C.N.), así como por los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53 de la Carta en lo que concierne al estatuto del trabajo. Y, por supuesto, su ejercicio concreto depende de factores tales como las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su propia salud y la de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado. En cada ejercicio de su facultad de modificación el empleador deberá apreciar el conjunto de estos elementos y adoptar una determinación que los consulte de manera adecuada y coherente.”²⁷ (Negritas fuera del texto original).

3.4.6.2. La jurisprudencia constitucional ha sido reiterada²⁸ al señalar que la potestad que permite al empleador modificar las condiciones de trabajo en el curso de la relación laboral no es absoluta, y ha precisado que puede ser violatoria de derechos fundamentales cuando se ejerce arbitrariamente y sin justificar las razones que hacen necesario el cambio de

condiciones.

3.4.6.3. Igualmente, el *ius variandi* debe ejercerse considerando: i) las circunstancias que afectan al trabajador; ii) su situación familiar; iii) su estado de salud y el de sus allegados; iv) el lugar y el tiempo de trabajo; v) las condiciones salariales; y vi) el comportamiento que ha venido observando y el rendimiento demostrado²⁹. Así, el ejercicio del *ius variandi* implica que en cada caso el empleador observe los parámetros señalados, para que pueda tomar una decisión adecuada y coherente, y no se vulneren los derechos fundamentales del trabajador.

3.4.6.4. La Corte también ha señalado que las consideraciones con relación al *ius variandi* se aplican, bien sea cuando la administración pública ordena trasladar a un funcionario a otro lugar, como cuando es el funcionario quien solicita el traslado y le es negado³⁰.

3.5. la condición de padre cabeza de familia

3.5.1. El artículo 2° de la Ley 82 de 1993, en virtud de la cual “se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”, establece que “(...) es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.

3.5.2. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-964 de 2003, condicionó la constitucionalidad de las expresiones “mujer” y “mujeres” contenidas en algunos artículos de la anotada ley, “en el entendido, que los beneficios establecidos en dichos artículos a favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia se harán extensivos a los hijos menores y a los hijos impedidos dependientes del hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia, en los términos y bajo el requerimiento del artículo 2 de la misma Ley”³¹ (Negritas fuera del texto original).

3.5.3. En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que la protección brindada a las madres cabeza de familia se predica también a los padres jefes de hogar, en respuesta a la especial protección que el ordenamiento superior ha dispuesto para los niños

y niñas en función del grupo familiar que se encuentra a cargo de uno de los progenitores. En la Sentencia SU-389 de 2005, se determinaron las circunstancias que tornan a los padres en padres cabeza de familia, en los siguientes términos³²:

“El hombre que reclame tal status, a la luz de los criterios sostenidos para las mujeres cabeza de familia, debe demostrar ante las autoridades competentes, algunas de las situaciones que se enuncian, las cuales obviamente no son todas ni las únicas, pues deberá siempre tenerse en cuenta la proyección de tal condición a los hijos como destinatarios principales de tal beneficio.

(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos.

(ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.

(iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: ‘esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las

circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo’.”³³

3.5.4. Puede sostenerse entonces, que la jurisprudencia constitucional extendió el concepto de madre cabeza de familia a los padres, hombres, siempre y cuando éstos estén en las condiciones que fijó el legislador para que una mujer se repunte madre cabeza de familia. Tales condiciones se deben demostrar ante las autoridades competentes, aunque no se exige sino que se comprueben ‘algunas de las situaciones que se enuncian’, en la medida en que no son todas ni las únicas, y esa protección tiene como sujetos beneficiarios a los hijos menores de 18 años o en situación de discapacidad, ambos, sujetos de especial protección constitucional.

3.6. El derecho de los NIÑOS, NIÑAS y adolescentes a tener una familia y a no ser separado de ella: Reiteración de jurisprudencia

3.6.1. La Constitución Política consagra en su artículo 5° el amparo a la familia como institución básica de la sociedad. De igual manera, el artículo 42° ibídem establece la obligación del Estado y la sociedad de garantizar la protección integral de ésta.

En concordancia con lo anterior, el artículo 44° Superior consagra el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separado de ella, lo cual está encaminado a mantener el contacto directo o la cercanía física permanente de éstos con su familia. Además, establece la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas por sobre los derechos de los demás.

3.6.2. En lo que respecta al derecho a la unidad familiar, además de lo consagrado en el artículo 44 Superior, debe tenerse en cuenta que el artículo 9 de la Convención sobre Derechos del Niño, señala que los niños y niñas tienen derecho a conocer a sus padres, así como a su cuidado y a no ser separados de los mismos, a menos que las circunstancias lo exijan, con el objeto de proteger el interés superior de éstos. Allí se establece:

“Artículo 9. 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres

contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”³⁴ (Negritas fuera del texto)

Así, un principio general es aquel que señala que los niños, niñas y adolescentes deben tener una familia y no ser separados de ella, principio que tiene un status fundamental, tanto en la Constitución Política como en los convenios internacionales.

En ese orden, la unidad familiar constituye una garantía para el desarrollo integral de la infancia, en la medida en que en esa etapa, los niños y niñas necesitan del apoyo moral y psicológico de su familia, fundamentalmente del de sus padres, para evitar cualquier trastorno que pueda afectar su desarrollo personal, de modo que solamente de manera excepcional, dicha unidad podría ser afectada, *verbi gratia* por causas legales como una

decisión judicial relacionada con la privación de la libertad de uno de los padres, o una decisión judicial o administrativa que determine la separación del hijo del lado de sus progenitores o de uno de ellos³⁵.

Sin embargo, pese a las situaciones excepcionales, esta Corporación ha insistido en que los niños y las niñas precisan del afecto de sus familiares para tener un crecimiento armónico; de modo que imposibilitarlo, puede llevarlos a carecer de los lazos afectivos que necesita para su tranquilidad y desarrollo integral³⁶.

3.6.3. En lo que respecta a la prevalencia de los derechos de los niños y niñas, esta Corporación ha considerado que una de las manifestaciones principales de dicho precepto constitucional, es el principio de preservación del interés superior del menor³⁷. Dicho principio refleja lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, normativas de amplia aceptación en el derecho internacional, que indican que a los menores de 18 años debe otorgárseles un trato preferente, en concordancia con su caracterización jurídica como sujetos de especial protección³⁸, de modo tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad³⁹. En la Sentencia T-510 de 2003, la Corte señaló en referencia al concepto aludido:

“¿Qué significa que los niños sean titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores? La respuesta únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular. Esta Corte ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional⁴⁰, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.

Esta regla no excluye, sin embargo, la existencia de parámetros generales que pueden tomarse en cuenta como criterios orientadores del análisis de casos individuales. En efecto, existen ciertos lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el

bienestar de los niños, tanto a nivel general (en la Constitución, la ley y los tratados e instrumentos internacionales que regulan la situación de los menores de edad) como derivados de la resolución de casos particulares (es decir, de la jurisprudencia nacional e internacional aplicable), que sirven para guiar el estudio del interés superior de menores, en atención a las circunstancias de cada caso.” 41

En atención a lo señalado, cabe sostener que cada asunto particular que involucre la protección de los derechos e intereses superiores de los niños, niñas y adolescentes, debe analizarse teniendo en cuenta las consideraciones individuales y características del caso, “atendiendo a los derechos propios del menor de edad, como lo son el amor, la asistencia, el cuidado y la protección que demanda el desarrollo de su personalidad, en procura de alcanzar condiciones mas favorables y dignas.”42

3.7. Caso concreto

3.7.1. Marco Farid Raigoso Garibello se desempeñaba como Oficial Logístico, Código 2053, Grado 06, del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria del INPEC en el Establecimiento Carcelario de Bogotá. Sin embargo, mediante Resolución N° 010563 del 24 de agosto de 2010, el INPEC ordenó su traslado al Establecimiento Carcelario de Jamundí (Valle del Cauca), por necesidades del servicio (cd.1, fl.76). El traslado se efectuó el 25 de febrero del 2011 (cd.3, fl. 29-33).

El actor precisó que su núcleo familiar está compuesto por su madre, Ana Delia Garibello Ruiz de 77 años de edad, y sus hijos, Andrés Mateo Raigoso Grisales y Juliana Andrea Raigoso Grisales de 11 y 9 años de edad respectivamente (cd.1, fl. 53-57). Manifestó que cuida de su madre en atención a su edad y que ésta no percibe salario, renta o pensión alguna (cd.1, fl.71). Asimismo, que asumió la custodia provisional de sus hijos menores de 18 años, comprometiéndose a cumplir con sus obligaciones de cuidado y protección (cd.1, fl.73). Señaló también que los niños se encuentran matriculados en el colegio Thomas Alva Edison de Soacha y están vinculados a un programa de desarrollo integral que ofrece la entidad Good Readers For Colombia, y que es gratuito para esa institución educativa (cd.1, fl.70).

En vista de lo anterior, considera que la orden de traslado por parte de la Dirección General

del INPEC vulnera el derecho fundamental a la unidad familiar y de sus hijos a tener una familia y a no ser separados de ella, lo cual adquiere mayor trascendencia dada su condición de padre cabeza de familia, por ello solicita se revoque la resolución que ordenó el traslado. En consecuencia, corresponde a esta Sala determinar si procede o no la revocatoria del acto administrativo.

3.7.2. El accionante ostenta la condición de padre cabeza de familia

Siguiendo lo señalado en la parte motiva de esta sentencia, la Sala considera que el señor Marco Farid Raigoso Garibello cumple los supuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional para considerarlo padre cabeza de familia, ya que dicha condición:

i) Se predica con respecto a hijos propios y en el asunto bajo estudio los registros civiles de nacimiento de Andrés Mateo Raigoso Grisales y Juliana Andrea Raigoso Grisales permiten aseverar que ambos son hijos del señor Marco Farid Raigoso Garibello (cd.1, fl.54 y 55);

ii) Se ostenta con relación a los hijos menores o mayores discapacitados; en el caso sub examine los registros aludidos y los documentos de identidad de Andrés Mateo Raigoso Grisales y Juliana Andrea Raigoso Grisales permiten evidenciar que ambos son menores de 18 años, pues nacieron en el 2000 y 2002 respectivamente (cd.1, fl.54 - 57);

iii) Se ostenta con respecto a los hijos que estén al cuidado del padre y en el caso bajo estudio el acta de conciliación del 12 de diciembre de 2007 permite probar que el señor Marco Farid Raigoso Garibello asumió la custodia provisional de sus hijos con la anuencia de la señora Adriana Grisales Restrepo, madre de los mismos, de quien se “separó” (cd.1, fl.72 y 73);

iv) Se predica con relación a los hijos que dependan económicamente de su padre, no tengan otra alternativa económica y vivan con él; en el asunto sub examine el acta de conciliación referido lleva a inferir que los hijos del señor Marco Farid Raigoso Garibello dependen económicamente de él y no tienen otra opción económica, en la medida en que asumió su custodia provisional y es un profesional asalariado, situación que contrasta con la de la señora Adriana Grisales Restrepo que se dedica a labores domésticas y no devenga salario alguno. Igualmente, el acta de conciliación fijó la residencia de los niños en el domicilio de su

padre (cd.1, fl.73 y 69);

v) Es preciso acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia, es decir, una declaración notarial, y en el presente caso se cuenta con una (cd.1, fl.73).

En virtud de lo anterior, el señor Marco Farid Raigoso Garibello cuenta con una especial protección que obedece al hecho de que sus hijos hacen parte de un grupo familiar del que únicamente está a cargo el progenitor.

3.7.3. Suspensión transitoria de la Resolución N° 010563 del 24 de agosto de 2010 mediante la cual se ordenó el traslado del accionante

3.7.3.1. La administración cuenta con una amplia discrecionalidad para decidir sobre la reubicación de su personal, en especial, cuando se trata de entidades con planta global y flexible como lo es el INPEC. Sin embargo, como se indicó en la parte motiva, esta potestad presenta varias limitantes como lo son la situación familiar del trabajador, su estado de salud y el de sus allegados y las condiciones salariales⁴³. Además de lo anterior, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando se presenta una ruptura grave del vínculo familiar, la facultad discrecional aludida debe ceder ante la protección de intereses superiores, como lo son los derechos de los niños y las niñas⁴⁴.

3.7.3.2. En el asunto que se examina no se evidencia ni consta prueba, de que al efectuarse el traslado pueda afectarse el estado de salud del accionante, o el de su madre, o el de sus hijos.

3.7.3.3. Sin embargo, un traslado inmediato daría lugar a una situación desfavorable para los hijos del accionante, quienes respectivamente cursan 6° de secundaria y 4° de primaria (cd.3, fl. 20, 21, 36 y 37), en el colegio Thomas Alva Edison de Soacha y se encuentran vinculados a un programa de desarrollo integral en la fase inicial de nivelación que está dirigido exclusivamente a los alumnos de dicha institución (cd.1, fl. 81-82).

Considerando que el año escolar se encuentra en curso, el traslado inmediato del señor Marco Farid Raigoso Garibello conllevaría a un retraso injustificado en el proceso de aprendizaje o a una afectación emocional considerable de los niños, teniendo en cuenta que

se presentarían dos posibles escenarios:

i) Que los niños se trasladen junto a su padre, caso en el cual sería necesario su retiro de la institución académica en la que actualmente estudian sin que el período lectivo haya finalizado; y

ii) Que los niños no se trasladen junto a su padre, caso en el cual permanecerían en la institución educativa, pero sin el apoyo emocional de su progenitor.

3.7.3.3.1. El primer escenario implicaría un traslado inmediato del accionante y la afectación del derecho a la educación de sus hijos en la medida en que habría un retraso en el proceso de aprendizaje, consecuencia del retiro de los niños de la institución educativa en medio del período lectivo, pues éstos tendrían que esperar el inicio de uno nuevo o hallar la posibilidad de adaptarse en otra institución educativa en la mitad de un año escolar. En vista de lo planteado, esta Sala no comparte tal solución.

3.7.3.3.2. El segundo escenario, concordante con lo señalado por el juez ad quem, tampoco resulta admisible para esta Sala, porque al no encontrar obstáculos frente al traslado en vista de que la progenitora podría hacerse cargo de los niños, se estaría avalando la ruptura de la unidad familiar de los mismos con su padre, que es la persona que los ha cuidado y protegido durante los últimos 3 años (cd.1, fl.73). Además, no debe perderse de vista que el señor Marco Farid Raigoso Garibello y Adriana Grisales Restrepo conciliaron que la custodia de sus hijos quedaría en cabeza del padre y que en el acta de conciliación la madre señala que no devenga salario alguno y que como tal no se puede hacer cargo de sus hijos (cd.1, fl.73).

Además de lo anterior, la pérdida del contacto directo o la cercanía física permanente con quienes conforman su núcleo familiar, es decir su padre y su abuela, es más que inconveniente en casos como éste, ya que los niños ya vivieron una transformación de su entorno como consecuencia de la separación de sus progenitores (cd.1, fl.72 y 73); de modo que otra variación en ese aspecto podría afectar su desarrollo integral, al desarrollar lazos afectivos débiles, o peor aun, carecer de ellos.

3.7.3.3.3. Teniendo en cuenta que los escenarios posibles se vislumbran perjudiciales de uno u otro modo para los hijos del señor Marco Farid Raigoso Garibello y las circunstancias que rodean el caso bajo estudio, es decir: i) la condición de padre cabeza de familia del

accionante y ii) que se afecta a menores de 18 años que cuentan con la prevalencia que se les brinda como sujetos de especial protección constitucional, es procedente la suspensión provisional de la Resolución N° 010563 hasta que finalice el año lectivo 2011, de manera que no se afecte el proceso de aprendizaje de los niños al cambiarlos de institución educativa en el curso del año escolar, y una vez que éste finalice, se trasladarán con su padre a Jamundí (Valle del Cauca) de modo que no se quebrante su derecho a tener familia y a no separarse de ella.

3.7.3.5. En cuanto a la situación de la señora Ana Delia Garibello Ruiz, nada obsta para que al momento de efectuarse el traslado del accionante, ella se traslade con él, ya que no manifiesta ni demuestra tener dificultad alguna en su estado de salud, y dada su edad -78 años-, resulta más conveniente que se mantenga bajo el cuidado y sostenimiento de su hijo, quien oficia como accionante en el asunto que se revisa (cd.1, fl.53 y 71).

Por todo lo anterior, con el fin de proteger el derecho a la unidad familiar de los hijos del accionante y para evitar que su proceso de aprendizaje se vea retrasado al retirarlos de la institución educativa en la que estudian en el presente año lectivo, la Sala concederá el amparo solicitado por el señor Marco Farid Raigoso Garibello; de modo que el traslado no se producirá sino una vez que los niños Andrés Mateo Raigoso Grisales y Juliana Andrea Raigoso Grisales finalicen el año escolar 2011, ya que en este tiempo el accionante podría realizar las diligencias correspondientes para ubicar a sus hijos en otra institución educativa.

1. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia proferida el once (11) de noviembre de dos mil diez (2010) por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., mediante la cual se denegó el amparo solicitado por el señor Marco Farid Raigoso Garibello y en su lugar, CONCEDER el amparo al derecho fundamental a la unidad familiar.

SEGUNDO: SUSPENDER los efectos de la Resolución N° 010563 del 24 de agosto de 2010, mediante la cual se ordenó el traslado del señor Marco Farid Raigoso Garibello al Establecimiento Carcelario de Jamundí (Valle del Cauca) hasta que finalice el año lectivo de los menores Andrés Mateo Raigoso Grisales y Juliana Andrea Raigoso Grisales en el colegio Thomas Alva Edison de la ciudad de Bogotá D.C.

TERCERO: ORDENAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), que en el término de cuarenta y ocho horas (48) a partir de la notificación de la presente sentencia, disponga las medidas pertinentes, tendientes a lograr que el señor Marco Farid Raigoso Garibello, sea reubicado en el Establecimiento Carcelario de Bogotá.

CUARTO: Líbrense por la Secretaría 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.

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Ausente con permiso

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia T-225 del 15 de junio de 1993. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

2 Ver, entre otras, las Sentencias : T-483 del 27 de octubre de 1993. MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-016 de 1995 del 30 de enero de 1995. MP. José Gregorio Hernández

Galindo, T-715 del 16 de diciembre de 1996. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-288 del 04 de junio de 1998. MP. Fabio Morón Díaz, T-965 del 31 de julio de 2000. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1498 del 02 de noviembre de 2000. MP. Martha Victoria Sáchica Méndez, T-346 del 30 de marzo de 2001. MP. Jaime Araujo Rentería y T-1156 del 18 de noviembre 2004. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

3 Cfr. Sentencia T-965 del 31 de julio de 2000. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

4 Ver, entre otras, las Sentencias: T-016 del 30 de enero de 1995. MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-715 del 16 de diciembre de 1996. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-288 del 04 de junio de 1998. MP. Fabio Morón Díaz, T-503 del 13 de julio de 1999 MP. Carlos Gaviria Díaz, T-355 del 27 de marzo de 2000. MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-965 del 31 de julio de 2000. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1498 del 02 de noviembre de 2000. MP. Martha Victoria Sáchica Méndez, T-077 del 29 de enero de 2001. MP. Fabio Morón Díaz, T-346 del 30 de marzo de 2001. MP. Jaime Araujo Rentería, T-468 del 13 de junio de 2002. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

5 “Ver Sentencias: T-330 del 12 de agosto de 1993. MP. Alejandro Martínez Caballero, T-483 del 27 de octubre de 1993. MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-131 del 24 de marzo de 1995. MP. Jorge Arango Mejía, T-181 del 30 de abril de 1996. MP. Alejandro Martínez Caballero, T-514 del 09 de octubre de 1996. MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-516 del 14 de octubre de 1997. MP. Hernando Herrera Vergara, T-208 del 14 de mayo de 1998. MP. Fabio Morón Díaz y T-532 del 29 de septiembre de 1998. MP. Antonio Barrera Carbonell.”

6 “Sentencia T-503 del 13 de julio de 1999. MP. Carlos Gaviria Díaz.”

8 “Sentencia T-353 del 13 de mayo de 1999. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.”

9 Cfr. Sentencia T-965 del 31 de julio de 2000. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

10 “Ver Sentencias: Ibídem. T-965 del 31 de julio de 2000. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1498 del 02 de noviembre de 2000. MP. Martha Victoria Sáchica Méndez y T-346 del 30 de marzo de 2001. MP. Jaime Araujo Rentería.”

11 “Las Sentencias T-1156 del 18 de noviembre de 2004. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-543 del 06 de agosto de 2009. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, reiteran lo expresado en la

presente sentencia.”

12 Cfr. Sentencia T-468 del 13 de junio de 2002. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

13 Sentencia T-486 del 20 de mayo de 2004. MP. Jaime Araujo Rentería.

14 Ibídem. Sentencia T-468 del 13 de junio de 2002. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

15 Ídem.

16 Cfr. Sentencia T-715 del 16 de diciembre de 1996. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Con ocasión de la una tutela interpuesta por una servidora de la Aeronáutica Civil que fue trasladada de la ciudad de Ibagué a la ciudad de Girardot.

17 Ibídem. Sentencia T-468 del 13 de junio de 2002. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

18 Ibídem. Sentencias T-965 del 31 de julio del 2000. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-1498 del 02 de noviembre de 2000. MP. Martha Victoria Sáchica Méndez.

19 Ibídem. Sentencias T-483 del 27 de octubre de 1993. MP. José Gregorio Hernández Galindo y T-346 del 30 de marzo 2001. MP. Jaime Araujo Rentería.

20 Ibídem. Sentencia T-288 del 04 de junio de 1998. MP. Fabio Morón Díaz.

21 Ibídem. Sentencia T-715 del 16 de diciembre de 1996. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

22 Ibídem. Sentencia T-615 del 18 de diciembre de 1992. MP. José Gregorio Hernández Galindo y T-355 del 27 de marzo de 2000. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

23 Ibídem. Sentencia T-016 del 30 de enero de 1995. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

24 “Sentencia T-016 del 30 de enero de 1995. MP. José Gregorio Hernández Galindo. En la sentencia, la Corte analizó el caso de un funcionario del INPEC, quien a pesar de adelantar estudios de bachillerato fue trasladado de la ciudad de Medellín al municipio de Segovia.”

25 Cfr. Sentencia T-468 del 13 de junio de 2002. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

26 Ver, entre otras, las Sentencias: T-407 del 05 de junio de 1992. MP. Simón Rodríguez

Rodríguez, T-593 del 09 de diciembre de 1992. MP. José Gregorio Hernández Galindo, Ibídem T-715 del 16 de diciembre de 1996. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, Ibídem T-532 del 29 de septiembre de 1998. MP. Antonio Barrera Carbonell, Ibídem T-503 del 13 de julio de 1999. MP. Carlos Gaviria Díaz, T-1571 del 21 de noviembre de 2000. MP. Fabio Morón Díaz, Ibídem T-077 del 29 de enero de 2001. MP. Fabio Morón Díaz, Ibídem T-346 del 30 de marzo de 2001. MP. Jaime Araujo Rentería, T-704 del 05 de julio de 2001. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-026 del 24 de enero de 2002. MP. Eduardo Montealegre Lynett, T-256 del 25 de marzo de 2003. MP. Rodrigo Escobar Gil, T-165 del 26 de febrero de 2004 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-797 del 03 de agosto de 2005. MP. Jaime Araujo Rentería.

27 Cfr. Sentencia T-483 del 27 de octubre de 1993. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

28 Ver, entre otras, las Sentencias: Ibídem T-355 del 27 de marzo de 2000. MP. José Gregorio Hernández Galindo y T-611 del 08 de junio de 2001. MP. Jaime Córdoba Triviño.

29 Ver, entre otras, las Sentencias: Ibídem T-483 del 27 de octubre de 1993. MP. José Gregorio Hernández Galindo, Ibídem T-503 del 13 de julio de 1999. MP. Carlos Gaviria Díaz, T-1156 del 18 de noviembre de 2004. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-797 del 03 de agosto de 2005. MP. Jaime Araujo Rentería.

31 La Corte Constitucional precisó en aquella ocasión que respecto a los beneficios otorgados por la Ley 82 de 1993, no existe “fundamento para establecer una diferencia de trato entre los niños menores y los hijos impedidos que dependen de la mujer cabeza de familia, frente a los que dependen del hombre que se encuentra en la misma situación a que alude el artículo 2 de la Ley 82 de 1993. En uno y otro caso se trata de personas respecto de los cuales el Estado tiene una obligación de protección especialísima (arts. 13 y 44 C.P.) y a los cuales no puede discriminar en función del sexo de la persona de la cual dependan.”

32 Sentencia T-353 del 11 de mayo de 2010. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

33 Cfr. Sentencia SU-389 del 13 de abril de 2005. MP. Jaime Araújo Rentería.

34 Ibídem. Sentencia T-435 del 02 de julio de 2009. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

35 Ibídem Sentencia T-543 del 06 de agosto de 2009. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

36 Ídem.

37 Ver, entre otras, las Sentencias: T-408 de 1995. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-514 del 21 de septiembre de 1998. MP. José Gregorio Hernández Galindo, y T-979 del 13 de septiembre 2001. MP Jaime Córdoba Triviño.

38 La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su preámbulo que la niñez es acreedora de especial cuidado y asistencia, y dispone en su artículo 3-1 que en todos los asuntos relativos a menores de edad, las autoridades públicas y privadas deben prestar atención prioritaria a los intereses superiores de los niños. A su vez, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece que los menores, dada su inmadurez física y mental, requieren especiales salvaguardas y cuidado, incluida una adecuada protección legal.

39 Sentencia T-435 del 02 de julio de 2009. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

40 Sentencia T-408 del 12 de septiembre de 1995. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

41 Cfr. Sentencia T-510 del 19 de junio de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

42 Ibídem. Sentencia T-435 del 02 de julio de 2009. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

43 Ver, entre otras, las Sentencias: Ibídem T-483 del 27 de octubre de 1993. MP. José Gregorio Hernández Galindo, Ibídem T-503 del 13 de julio de 1999. MP. Carlos Gaviria Díaz, T-1156 del 18 de noviembre de 2004. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-797 del 03 de agosto de 2005. MP. Jaime Araujo Rentería.

44 Sentencia T-751 del 17 de septiembre de 2010. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.