

Sentencia T-524/10

ACCION DE TUTELA-Caso en que la actora alega afectación a sus derechos fundamentales al trabajo, debido proceso administrativo y estabilidad familiar por cuanto se ordenó traslado laboral por medio de acto administrativo

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-Como parámetro de procedibilidad de la acción de tutela

ACTO ADMINISTRATIVO DE TRASLADO LABORAL-Circunstancias descritas por la Corte Constitucional para que proceda la acción de tutela

IUS VARIANDI-Contenido y alcance/IUS VARIANDI-No tiene carácter absoluto

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE TRASLADO LABORAL-Improcedencia por cuanto no se probó afectación a derechos fundamentales ni ruptura respecto al núcleo familiar

En el expediente, no aparecen debidamente probadas circunstancias tales como que el traslado afecte la salud de la actora o de alguno de sus menores hijos, al paso que tampoco genera un peligro para sus vidas o un perjuicio a su integridad. En modo alguno supone el traslado, en opinión de este Tribunal, una ruptura del núcleo familiar que se origine en circunstancias insuperables, pues, contrario a lo expuesto por la demandante, lo cierto es que se trataría de una situación tolerable, en tanto los menores hijos de la actora se trasladen al municipio de Valledupar y convivan con ella; máxime, cuando del expediente no se advierten factores que pudiesen obstaculizar tal cometido. Inclusive, el argumento inicial esgrimido por la tutelante para rechazar el traslado a la ciudad de Valledupar, consistente en que en el municipio de Montería residen varios de sus familiares, no es de recibo, como quiera que el núcleo familiar es integrado sólo por la actora y sus dos hijos.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por existir otro mecanismo de defensa judicial en materia de traslados laborales

Referencia: expediente T-2.503.813

Demandante:

Ena Victoria Marimón Escobar

Demandado:

Fiscalía General de la Nación

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil diez (2010).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria- que, a su vez, confirmó el dictado por el Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, en relación con el recurso de amparo constitucional formulado por Ena Victoria Marimón Escobar contra la Fiscalía General de la Nación.

I. ANTECEDENTES.

1. La solicitud

El 21 de septiembre de 2009, la señora Ena Victoria Marimón Escobar promovió acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación, con la finalidad de obtener la protección de sus derechos constitucionales fundamentales al trabajo, al debido proceso administrativo y a la estabilidad y unidad familiar, presuntamente quebrantados con motivo de la decisión adoptada por la entidad demandada, consistente en trasladarla de la Seccional de Montería, en donde se desempeñaba como Fiscal Local de la Unidad de Responsabilidad Penal de Infancia y Adolescencia, a la de Valledupar, aduciendo para el efecto la necesidad del servicio.

La solicitud de amparo constitucional, encuentra fundamento en el acontecer fáctico que a continuación se expone:

2. Hechos relevantes y Consideraciones

2.1. Señala la actora que a partir del 13 de agosto de 2002, fue nombrada en el cargo de Fiscal Local y que, desde entonces, se ha desempeñado como tal en los departamentos de Bolívar, Sucre, Antioquia y Córdoba, a fin y efecto de garantizar el eficiente desarrollo de las distintas unidades adscritas a las Direcciones Seccionales de la Fiscalía General de la Nación¹.

2.2. Según manifiesta, en cuanto se refiere al traslado a la seccional de la Fiscalía ubicada en Girardota, Antioquia, éste obedeció a un intercambio entre funcionarios del mismo rango, que se materializó el 2 de marzo de 2009. Una vez allí, precisa que por cuenta de una de las investigaciones que adelantaba, por la supuesta comisión del delito de extorsión, fue objeto de múltiples amenazas de muerte, las cuales fueron extendidas a sus hijos de 4 y 8 años².

2.3. A fuerza de lo anterior, indica que solicitó a la Oficina de Protección a Víctimas y Testigos -OPA- de la Fiscalía General de la Nación, la realización de un estudio de riesgo, como consecuencia del cual fue trasladada temporalmente al municipio de Caldas, Antioquia, mientras que se tramitaba un traslado definitivo en procura de la salvaguardia de su seguridad personal y la de sus menores hijos.

2.4. Finalmente, la accionante menciona que fue reubicada en la Seccional de Montería, donde inició labores el 7 de junio de 2009. Sin embargo, puntualiza que, con posterioridad, fue trasladada, mediante Resolución No. 2-2211 de 8 de septiembre de ese mismo año, a la Seccional ubicada en la ciudad de Valledupar.

“FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Por medio de la cual se efectúa un traslado por necesidades del servicio

LA SECRETARÍA GENERAL (E)

En uso de las facultades legales, especialmente las que le confieren la Resolución 0-4367 del 27 de diciembre de 2006, y,

CONSIDERANDO

Que la doctora ENA VICTORIA MARIMÓN ESCOBAR, identificada con cédula de ciudadanía No. 50908509, ocupa el cargo de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES MUNICIPALES Y PROMISCUOS de la Unidad de Responsabilidad Penal en Adolescentes de Montería.

Que mediante Oficio DNF No. 23638 del 08 de septiembre de 2009, recibido en la Oficina de Personal en la misma fecha, bajo radicado 023696, el doctor Germán Enciso Uribe, Director Nacional de Fiscalías (E), solicita trasladar a la doctora ENA VICTORIA MARIMÓN ESCOBAR de la Unidad de Responsabilidad Penal en Adolescentes de Montería a la Unidad de Responsabilidad Penal en Valledupar.

Que el artículo 44 de la resolución 0-1501 del 19 de abril de 2005 cita que el traslado “se produce cuando un servidor de carrera o de libre nombramiento y remoción se designa para suplir la vacancia definitiva de un cargo o para intercambiarlo con otro cuyas funciones sean afines al que desempeña, de la misma naturaleza, categoría, nomenclatura y remuneración”.

Que el artículo 45 de la resolución 0-1501 del 19 de abril de 2005 establece: “El traslado puede tener origen en las necesidades del servicio o en la solicitud del interesado y será procedente siempre y cuando no implique condiciones menos favorables para el servidor o perjuicios para la buena marcha del servicio”.

Que de conformidad con la Providencia T-264 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería “La Fiscalía General de la Nación es, precisamente, una de las instituciones que cuenta con planta global y flexible, lo cual se traduce en que allí opera una mayor discrecionalidad para ordenar los traslados territoriales”, por lo tanto los funcionarios y empleados se encuentran adscritos a determinadas dependencias con vocación de movilidad de acuerdo a las necesidades del servicio, estando facultada la entidad para producir los cambios administrativos que considere pertinentes, en procura del mejoramiento misional que le corresponde, que por su naturaleza esencial dentro del Estado Social de Derecho, prevalece sobre los intereses particulares.

Que la política de Administración de Justicia definida por la presente administración considera recomendable la rotación del personal al servicio de la Fiscalía General de la Nación, entre

las distintas dependencias y seccionales, para mejorar la gestión judicial permitiendo trasladar la experiencia de una seccional a otra para enriquecer o mejorar el trámite de los procesos judiciales.

(...)

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. - TRASLADAR a la doctora ENA VICTORIA MARIMÓN ESCOBAR, identificada con cédula de ciudadanía No. 50908509, FISCAL DELEGADO ANTE JUECES MUNICIPALES Y PROMISCUOS de la Unidad de Responsabilidad Penal en Adolescentes de Montería a la Unidad de Responsabilidad Penal en Adolescentes de Valledupar.

ARTÍCULO SEGUNDO. - El traslado se hará efectivo de manera inmediata.

ARTÍCULO TERCERO. - La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y contra ella no procede recurso alguno.”

2.5. No obstante que el aludido traslado a la ciudad de Valledupar se sustentó en la necesidad del servicio, la actora advierte que su designación no pudo concretarse, dado que la plaza que habría de ocupar allí, no existía al momento de su arribo. Por ese motivo, indica que recurrió la decisión adoptada por la Fiscalía, pese a lo cual, el acto administrativo cuestionado fue confirmado a través de la Resolución No. 2-2342 de 18 de septiembre de 2009, entre otras razones, por la consideración de que el traslado de la actora a la Dirección Seccional de Fiscalías de Valledupar, coadyuva a la descongestión de los procesos a cargo de la mencionada seccional y, a su vez, enriquece y mejora la tramitación de las investigaciones y procesos judiciales.

2.6. En todo caso, en sentir de la actora, la decisión de la Fiscalía General de la Nación, de trasladarla hacia la ciudad de Valledupar, resulta lesiva de sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso administrativo y a la unidad y estabilidad familiar.

Y es que, a su juicio, el municipio de Montería, donde fue inicialmente trasladada, se ofrecía como una opción válida para residir en forma permanente, ya que cuenta con la compañía de algunos familiares que habitan en dicha localidad, los cuales, ante una determinada eventualidad, pueden hacerse cargo de sus hijos. En su lugar, sostiene que fue asignada a la

Seccional de Valledupar, con absoluta abstracción de su particular situación de vulnerabilidad, en cuanto a términos de seguridad se refiere, sin que para el efecto se hubiere tenido en cuenta si en dicha ciudad residían o no familiares y sin que existiese la plaza correspondiente al cargo de Fiscal Local.

2.7. Esto último, desvirtúa la necesidad del servicio que fue alegada para producir el traslado e invalida la actuación administrativa surtida, por ser contraria a la realidad, sobre todo, si se tiene en cuenta que sus hijos aún residen en Montería, por lo que propone ser de nuevo trasladada, con la finalidad de evitar la desestabilización e inestabilidad familiar causada por cuenta del traslado de que fue objeto.

3. Pretensiones de la demanda

Bajo la premisa pues, de que la decisión de la Fiscalía General de la Nación, de trasladarla a Valledupar, transgrede sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso administrativo y a la unidad y estabilidad familiar, la actora acude al recurso de amparo constitucional como herramienta de protección judicial transitoria, con el propósito de instar al juez de tutela para lograr la justiciabilidad de dichas prerrogativas, evitando así la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable. Conforme con lo anterior, solicita que se ordene a la entidad demandada “revocar, en forma definitiva, la resolución No. 2-2211 de 8 de septiembre de 2009, proferida por la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación, que dispuso su traslado, de la Seccional de Montería a la de Valledupar y, en su lugar, sea reintegrada a la Seccional de Montería, lugar de asiento familiar de sus hijos”.

4. Oposición a la demanda de tutela

4.1. El Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, por medio de Auto de 23 de septiembre de 2009, admitió la acción de tutela y ordenó poner en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación -Secretaría General, Jefatura de Personal, Dirección Nacional de Fiscalías-, la demanda de tutela para que se pronunciara acerca de las pretensiones y del problema jurídico planteado en ella.

4.2. En el término concedido para el efecto, la Fiscalía General de la Nación, dio respuesta al requerimiento judicial mediante escrito en el que solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda.

4.3. Allí se sostiene, que los artículos 11 y 21 de la Ley 938 de 2004 “Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, le otorgan, al Fiscal General de la Nación, la facultad de delegar en los servidores del más alto nivel, la definición de las situaciones administrativas de los servidores de la entidad. En tal virtud, pone de presente que la mencionada potestad fue radicada en cabeza de la Secretaría General de la institución, mediante resolución No. 0-4367 de 27 de diciembre de 2006.

4.4. En cuanto hace al acto administrativo que se reprocha en la presente causa, explica que el mismo se expidió con estricto apego a la normatividad que rige para aquellos asuntos relacionados con los traslados de personal, los cuales son susceptibles de ser aplicados a quienes se encuentren vinculados a la institución bajo las modalidades de carrera y libre nombramiento y remoción, ya sea por necesidades del servicio, ora por petición del interesado.

4.5. Al efecto, trae a colación la Resolución No. 0-1501 de 19 de abril de 2005, que establece que: “El traslado puede tener origen en las necesidades del servicio o en la solicitud del interesado y será procedente siempre y cuando no implique condiciones menos favorables para el servidor o perjuicios para la buena marcha del servicio”.

4.6. Aunado a lo anterior, agrega que la Corte Constitucional, en abundante material jurisprudencial, ha abordado la temática referente a los traslados de los trabajadores, con ocasión de la cual ha arribado a la conclusión de que al empleador, bien sea público o privado, le asiste una especial atribución para ordenar el traslado de sus empleados cuando las necesidades del servicio así lo exijan, y siempre que con ello no se desmejoren las condiciones laborales.

De igual manera, señala que la Corte, frente al sector público, ha definido que existen ciertas entidades, como la Fiscalía, que, merced a las funciones que les corresponde cumplir, requieren de una planta de personal global y flexible, razón por la cual se impregnan de un mayor grado de discrecionalidad al momento de efectuar un traslado³.

4.7. De cara al traslado de la señora Ena Victoria Marimón Escobar, expresa que aquel no busca infringir sus derechos fundamentales, sino, por el contrario, mejorar la gestión de la entidad, al permitir que la experiencia de los servidores se aproveche en beneficio de la administración de justicia y de ellos mismos.

4.8. Revela, así mismo, que ante la inexistencia de la plaza respectiva en la Seccional de Valledupar, procedió a expedir la Resolución No. 0-4736 de 23 de septiembre de 2009, por medio de la cual se previó la necesidad de establecer el cargo de Fiscal Delegado en dicha ciudad, a fin de “prestar una mejor atención del servicio de justicia en esa jurisdicción y de esa manera contar, por lo menos, con un despacho de Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes, es decir, la necesidad del servicio se hace evidente con el traslado efectuado a la tutelante mediante Resolución No. 2-2211 de 8 de septiembre de 2009”.

4.9. A ello, suma la consideración de que la resolución de traslado, en modo alguno, supone una desmejora en las condiciones salariales de la actora, trato discriminatorio o injusto, puesto que ejerce un cargo de la misma naturaleza que el que venía ocupando, además de que la institución, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Resolución 0-1501 de 2005, cubre los gastos de traslado de su núcleo familiar, así como los de su mobiliario.

4.10. Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en precedencia, finalmente agrega que del asunto sub-exámene no emerge vulneración alguna de derechos fundamentales, máxime, cuando, por un lado, el mecanismo de amparo constitucional deviene improcedente, ante la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como el instrumento de protección judicial idóneo para resolver acerca de la pretensión formulada en el escrito de tutela; y, por otro, no se acredita la posible ocurrencia de perjuicio irremediable alguno.

5. Pruebas que obran en el expediente

Las pruebas relevantes aportadas al trámite de tutela, todas de origen documental, son las que a continuación se relacionan:

5.1. Pruebas allegadas por la actora:

- Copia de la Cédula de Ciudadanía de la señora Ena Victoria Marimón Escobar (Folio 23 del cuaderno Principal del expediente).
- Copia de los registros civiles de nacimiento de los menores Juan Manuel y María Victoria Jaramillo Marimón, hijos de Ena Victoria Marimón Escobar, de 4 y 8 años de edad,

respectivamente (Folios 7 y 8 del cuaderno Principal del expediente).

- Copia de sendas declaraciones extra-proceso en las que se da fe acerca de que la señora Ena Victoria Marimón Escobar tiene, a su cargo, a sus menores hijos (Folios 9 y 10 del cuaderno Principal del expediente).

- Copia de la escritura de divorcio de matrimonio religioso Número 927, proferida por la Notaría Tercera del Círculo de Sincelejo, protocolizada a favor de Ena Victoria Marimón Escobar y Javier Orlando Jaramillo Padilla (Folios 15 a 17 del cuaderno No. 01 del expediente).

- Copia de la valoración psicológica realizada a la menor María Victoria Marimón Jaramillo, en la que se da cuenta de su bajo estado de ánimo (Folios 25 y 26 del cuaderno No. 01 del expediente).

- Copia de la Resolución No. 000951, de 11 de mayo de 2009, por medio de la cual, el Director Seccional Administrativo y Financiero de Medellín, resuelve trasladar, por necesidad del servicio, a la señora Ena Victoria Marimón Escobar, a la Unidad Local de Caldas, Antioquia (Folios 26 y 27 del cuaderno No. 01 del expediente).

- Copia de la Resolución No. 2-2211, de 8 de septiembre de 2009, a través de la cual, la Secretaria General (E) de la Fiscalía General de la Nación, resuelve trasladar a la actora, Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos de la Unidad de Responsabilidad Penal en Adolescentes de Montería, a la Unidad de Responsabilidad Penal en Adolescentes en Valledupar (Folio 28 del cuaderno No. 01 del expediente).

- Copia de certificación expedida por la Directora Seccional de Fiscalías de Valledupar, el 17 de septiembre de 2009, en la que consta que Ena Victoria Marimón Escobar se hizo presente en el despacho de la Dirección Seccional de Fiscalías, con el fin de tomar su ubicación en calidad de Fiscal Delegada en la Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes. En la mencionada resolución se le informó a la accionante que no era posible asumir la vacante, en atención a que, mediante resolución No. 3727 de 14 de julio de 2009, el Fiscal Mario Germán Iguarán dispuso la modificación de la Planta de Personal de Responsabilidad Penal para Adolescentes de Valledupar para que la Dirección Seccional de Bogotá la asumiera (Folio 34 del cuaderno No. 01 del expediente).

- Copia de certificación expedida por la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín, el 05 de mayo de 2009, en la que consta que Ena Victoria Marimón Escobar ha venido siendo objeto de amenazas, presuntamente, por parte de la banda criminal denominada "Los de pachely" del municipio de Bello, como consecuencia de la investigación por el delito de extorsión (Folio 35 del cuaderno No. 01 del expediente).

- Copia de oficio suscrito por la Directora Seccional de Fiscalías de Medellín, el 05 de mayo de 2009, mediante el cual solicita la vinculación al programa de asistencia y protección de testigos de la funcionaria Ena Victoria Marimón Escobar (Folio 36 del cuaderno No. 01 del expediente)

- Copia de la Resolución No. 2-2342, de 18 de septiembre de 2009, a través de la cual, la Secretaria General (E) de la Fiscalía General de la Nación, resuelve la solicitud de revocatoria promovida contra la Resolución No. 2-2211, de 08 de septiembre de 2009 (Folios 46 a 52 del cuaderno No. 01 del expediente)

1. Material probatorio aportado por la Fiscalía General de la Nación, junto con el escrito de respuesta al requerimiento judicial:

- Copia de la Resolución No. 0-4736, de 23 de septiembre de 2009, por medio de la cual, el Fiscal General de la Nación (E), resuelve revocar la Resolución No.0-3727 de 14 de julio de 2009, a través de la cual se modificó la asignación de planta de la Fiscalía General de la Nación, trasladando un (1) cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Valledupar - Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes a la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes (Folio 111 del cuaderno No. 01 del expediente)

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1.1. Primera Instancia

En providencia del 02 de octubre de 2009, el Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba - Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, resolvió negar, por improcedente, la acción de tutela de la referencia, con apoyo en las siguientes consideraciones:

Manifiesta el despacho judicial, tras repasar algunos de los criterios básicos de procedibilidad de la acción de tutela, que bien puede la actora acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, a efectos de enervar las consecuencias desfavorables que se desprenden del acto administrativo que censura. Desde luego, el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, establece la nulidad y restablecimiento del derecho como aquella acción de que se puede valer la actora para la protección de sus derechos fundamentales.

Inclusive, enfatiza en la suspensión provisional como la medida precautelativa pertinente para atacar este tipo de actuaciones; lo que, al rompe, despoja de toda vocación de prosperidad a la acción de tutela, concretamente, por virtud de su naturaleza subsidiaria y residual.

1.2. Impugnación

La impugnación fue presentada oportunamente por parte de la actora. En ella, sostuvo que el a-quo no abordó de manera apropiada la problemática jurídica que se le puso de presente en el escrito de tutela, en la medida en que se limitó a pronunciarse sobre la improcedencia de la solicitud de amparo constitucional frente a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual, trae consigo la posibilidad de invocar la suspensión provisional del acto objeto de reproche, cuando lo verdaderamente trascendental, desde la perspectiva constitucional, era que se pronunciara con respecto a la vulneración que, de la estabilidad y la unidad familiar, presumiblemente se produjo, a partir de su traslado de Montería a Valledupar.

Del asunto conoció el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, que, mediante Sentencia de 29 de octubre de 2009, resolvió confirmar la decisión adoptada por el a-quo, luego de advertir la índole supletiva que caracteriza al mecanismo tuitivo de los derechos fundamentales.

En concepto de dicho cuerpo colegiado, la acción de amparo constitucional, por regla general, sólo procede ante la ausencia de un mecanismo de defensa judicial dispuesto en el ordenamiento jurídico que, a su turno, debe revelarse como idóneo y eficaz para garantizar la efectividad en la protección de una determinada prerrogativa. Con todo, precisa que existe una excepción a dicha regla, consistente en la procedencia excepcional del recurso de amparo, cuando con éste pueda precaverse la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En concordancia con tales postulados, infiere que la actora dispone de la jurisdicción contenciosa para objetar el contenido del acto particular y concreto por medio del cual se ordenó su traslado, pues, admitir que a través de la acción de tutela puedan controvertirse los distintos efectos de los actos administrativos, equivaldría tanto como a decir que el juez constitucional invade órbitas competenciales propias de otras autoridades jurisdiccionales.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto de 26 de febrero de 2010, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Dos de esta Corporación.

2. Delimitación del asunto bajo estudio

2.1. De acuerdo con la situación fáctica puesta de presente en el acápite de antecedentes, se le atribuye a la Fiscalía General de la Nación, la vulneración, prima facie, de los derechos constitucionales fundamentales al trabajo, al debido proceso administrativo y a la unidad y estabilidad familiar de la señora Ena Victoria Marimón Escobar, que, en su condición de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, fue trasladada de la Seccional de Montería a la de Valledupar, sin que para el efecto se hubiese tenido en cuenta que la plaza en la que fue designada no existía al momento de la orden de traslado, y la ruptura que, de la unidad familiar, se producía con la misma.

2.2. Así las cosas, en procura del amparo de los derechos fundamentales arriba mencionados, la actora solicitó la protección constitucional transitoria en contra de la Fiscalía General de la Nación, con el propósito de que se le ordenara revocar la resolución que dispuso su traslado y, en su lugar, que se le reintegrara a la Seccional ubicada en Montería.

2.3. Teniendo en cuenta lo hasta aquí señalado, cabría, en principio, advertir sobre la existencia de dos problemas jurídicos que deberían ser resueltos por parte de esta Corporación. En cuanto al primero de ellos, debe anotarse que se refiere a la decisión de la

Fiscalía General de la Nación de trasladar a la actora, de la ciudad de Montería a Valledupar, sin el consecuente análisis de su particular situación familiar. Frente al segundo, conviene especificar que se trata de la orden de traslado de la actora, a una plaza inexistente en la Seccional de Valledupar.

2.4. En torno a la última de las problemáticas planteadas, interesa destacar que esta Sala pudo constatar, una vez conformado debidamente el contradictorio, habida cuenta de la vinculación al proceso de tutela de la entidad demandada, que el 23 de septiembre del año inmediatamente anterior, ésta procedió a revocar la Resolución No.0-3727 de 2009, por medio de la cual se había modificado la asignación de planta de la Fiscalía General de la Nación, en donde se había dispuesto el traslado de un cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Valledupar -Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes-, a la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá -Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes-.

Así, en la Resolución No. 0-4736, de 23 de septiembre de 2009, proferida por el Fiscal General de la Nación (E), se consideró lo siguiente:

“RESOLUCIÓN No. 0-4736

Por medio de la cual se revoca la Resolución No. 0-3727 del 14 de julio de 2009

EL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN (E)

En uso de sus facultades constitucionales y legales, y,

CONSIDERANDO

Que mediante Resolución 0-3727 del 14 de julio de 2009 se modificó la asignación de planta de la Fiscalía General de la Nación, trasladando un (1) cargo de Fiscal Delgado ante Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Valledupar -Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes Penal para Adolescentes a la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

(...)

Que por error involuntario se trasladó a la doctora Ena Victoria Marimón Escobar a la Dirección Seccional de Fiscalías de Valledupar -Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes, sin tener en cuenta la modificación de planta efectuada mediante Resolución No. 0-3727 del 14 de julio de 2009.

Que con el fin de hacer efectivo el traslado de la doctora Ena Victoria Marimón Escobar se hace necesario revocar la Resolución No. 0-3727 del 14 de julio de 2009.

(...)

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- REVOCAR la Resolución No. 0-3727 del 14 de julio de 2009, por medio de la cual se modificó la asignación de planta de la Fiscalía General de la Nación, trasladando un (1) cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Valledupar – Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes a la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este acto administrativo”.4

2.5. De acuerdo con la comprensión del citado acto administrativo, esta Sala de Revisión arriba a la conclusión conforme con la cual, la Fiscalía General de la Nación, se dio a la tarea de subsanar el inconveniente relacionado con la inexistencia del cargo de Fiscal de la Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes de la Seccional de Valledupar, el cual había sido trasladado a la Dirección Seccional de Bogotá. Por lo tanto, huelga afirmar que ha sido superada la situación de hecho que se presuponía transgresora de los derechos al trabajo y al debido proceso administrativo, cuestión que conduce, sin duda alguna, a que cualquier mandato que pueda proferir el juez de tutela, en defensa de éstos, no tenga ningún efecto, o dicho en otros términos, el proceso carecería de objeto y se desnaturalizaría la finalidad para la cual fue concebida la acción de tutela. Por tal motivo, esta Sala de Revisión no abordará el estudio de los precitados tópicos y pasará, entonces, al examen de aquel atinente a la ruptura de la unidad y estabilidad familiar.

2.6. Una vez definido el contexto en el que esta Corporación debe intervenir en el presente juicio, el problema jurídico por resolver en sede de revisión, se contrae a la necesidad de

determinar si se ha producido la violación del derecho a la unidad y estabilidad familiar de la señora Ena Victoria Marimón Escobar, como consecuencia de la decisión de la Fiscalía General de la Nación, consistente en trasladarla de Montería a Valledupar, para ejercer allí el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos de la Seccional.

2.7. Con todo, al presunto quebrantamiento de la unidad y estabilidad familiar en el caso concreto, subyace aquella noción expuesta por los jueces de instancia, relativa a la improcedencia de la acción de tutela, por considerarse que la pretensión inserta en ella, debía tramitarse en su escenario natural, esto es, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en tanto no lograba advertirse la ocurrencia de perjuicio irremediable alguno que ameritara la protección de los derechos fundamentales por vía del recurso de amparo constitucional.

3. De la Subsidiariedad como parámetro de procedibilidad de la acción de tutela

3.1. En términos generales, la acción de tutela, estatuida en el artículo 86 Superior, fue diseñada por el Constituyente como un instrumento de defensa judicial para la efectiva protección de los derechos fundamentales, al que la propia Carta Política le ha reconocido un carácter residual y subsidiario. En tal virtud, no puede concebirse aquella como un mecanismo alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, en tanto con ella no se pretende sustituir los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer las acciones y recursos judiciales dispuestos dentro de los mismos para controvertir las decisiones que se profieran⁵.

Justamente, esa condición supletiva que el ordenamiento superior le ha atribuido al recurso de amparo constitucional, ha llevado a entender que tal herramienta de defensa judicial sólo es procedente de manera excepcional y restrictiva, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo éstos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable⁶.

En punto a la aludida temática, esta Corte ha precisado que:

“en tanto el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales que, desde luego, incluyen aquellos que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se explica, en razón a la necesidad de

salvaguardar el orden regular de las competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también garantizar el principio de seguridad jurídica⁷.⁸

3.2. De acuerdo con el anterior panorama, se tiene que los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser, en principio, resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo, ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional⁹.

Ello, por cuanto la mencionada subsidiariedad, como nota característica de la acción de tutela, no apunta a otra finalidad que la de imponer al interesado, la obligación de desplegar todo su actuar enderezado a activar los medios ordinarios de defensa dispuestos en el ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Sobre esa base, se pone de relieve, entonces, que para impetrar el amparo de un derecho de rango fundamental, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios; entendiéndose, por demás, que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo constitucional.

De hecho, sobre el particular, ha señalado la jurisprudencia constitucional, que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá ulteriormente incoar la acción de tutela en procura de obtener la justiciabilidad de un derecho fundamental. De suerte que la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra sujeta a que se haya puesto en marcha un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo¹⁰.

3.3. Con todo, no escapa a la consideración de esta Corte, en la línea de las consideraciones esbozadas, que la existencia de otros medios de defensa judicial tendrá que ser apreciada “en concreto” por el juez de tutela, teniendo en cuenta para ello el grado de eficiencia y efectividad del mecanismo judicial frente a las específicas circunstancias en que se encuentre el solicitante al momento de invocar la protección del derecho presuntamente

conculcado11.

4. Improcedencia de la acción de tutela en el presente caso

4.1. La existencia de otro mecanismo de defensa judicial para reclamar la defensa de sus derechos

4.1.1. Como quedó establecido en acápite antecedente, la presunta violación del derecho a la unidad familiar de la actora, tiene su origen en la orden de traslado que profirió la Fiscalía General de la Nación mediante Resolución No. 2-2211 de 08 de septiembre de 2009, aduciendo para ello la necesidad del servicio.

4.1.2. Del anterior aserto, no puede inferirse cuestión distinta a aquella de que lo que se pretende en sede de tutela es, precisamente, controvertir el acto administrativo por medio del cual se dispuso el traslado de la actora, de la Unidad de Responsabilidad Penal en Adolescentes de Montería a su similar ubicada en Valledupar.

4.1.3. Con base en el anterior supuesto, cabe reiterar que el ordenamiento jurídico ha delineado una serie de mecanismos de defensa judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a los cuales se puede acudir para demandar su legalidad. En efecto, los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo consagran las acciones de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho, respectivamente, para efectos de controvertir actos administrativos, siendo estos los mecanismos judiciales idóneos y específicos con que cuenta la accionante para enervar los efectos dañinos que, en su consideración, se produjeron.

Las normas citadas disponen expresamente:

“ART. 84.- Subrogado. D.E. 2304/89, ART. 14. Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

ART. 85.- Subrogado. D.E. 2304/89, ART. 15. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.”

4.1.4. En las referidas condiciones, bien puede afirmarse que la actora puede acudir a las mencionadas acciones, en procura de plantear la controversia sobre la validez de las actuaciones surtidas al interior del proceso de rotación de personal al servicio de la Fiscalía General de la Nación. De tal manera que al activarse un proceso ante la jurisdicción contenciosa que se surta con intervención de las partes y de terceros y con todas las formalidades y garantías, el debate del presente asunto, escapa al procedimiento propio de la acción de tutela, el cual se encuentra marcado por la informalidad y la subsidiariedad.

4.1.5. Por ello, y bajo la consideración de que existen otros mecanismos que son considerados aptos para ventilar la controversia aquí planteada, en donde pueden desplegarse más ampliamente las diferentes garantías de orden procesal, encaminadas a demostrar el supuesto de hecho de las normas cuyo efecto jurídico persigue¹², esta Sala de Revisión considera que no es el proceso de tutela el escenario adecuado para el estudio de fondo del problema jurídico planteado por la señora Ena Victoria Marimón Escobar.

4.1.6. No sobra destacar, en todo caso, que como ya se expresó, la acción tuitiva establecida en el artículo 86 Superior, dada su naturaleza supletiva para prodigar la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o proveniente de los particulares, procede sólo en aquellos eventos dispuestos en la Carta Política y en la ley, y no es suficiente que se arguya el quebrantamiento o la amenaza de un derecho fundamental, para que se legitime de plano su procedencia, ya que, si bien esta circunstancia constituye un presupuesto básico, es necesario, además, verificar la existencia o no del medio judicial ordinario de defensa.

4.1.7. Por esa razón, en tratándose de traslados o reubicaciones laborales, ha sido la misma

jurisprudencia constitucional la que ha fijado las condiciones que deben cumplirse para que proceda la protección constitucional impetrada¹³. Así, ha dispuesto que, para que haya lugar a un pronunciamiento de fondo sobre una decisión de traslado laboral, se requiere “(i) que la decisión sea ostensiblemente arbitraria, en el sentido que haya sido adoptada sin consultar en forma adecuada y coherente las circunstancias particulares del trabajador, e implique una desmejora de sus condiciones de trabajo¹⁴; y (ii) que afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar” ¹⁵.

En cuanto tiene que ver con el último de los presupuestos, se ha puntualizado que la afectación clara, grave y directa a los derechos fundamentales del tutelante o de su núcleo familiar, puede tener lugar en diversas circunstancias que deben aparecer debidamente acreditadas en el respectivo expediente¹⁶. Sobre el particular, valga aclarar que de la misma jurisprudencia constitucional emergen una serie de sub-reglas a partir de las cuales se ha podido entender como afectado en forma grave un derecho fundamental, a saber:

a. Cuando el traslado laboral genera serios problemas de salud, “especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones para brindarle el cuidado médico requerido”¹⁷.

a. Cuando el traslado pone en peligro la vida o la integridad del servidor o de su familia¹⁸.

a. En los eventos en que las condiciones de salud de los familiares del trabajador, pueden incidir, dada su gravedad e implicaciones, en la decisión acerca de la constitucionalidad del traslado.

a. Y, en aquellos eventos donde la ruptura del núcleo familiar va más allá de una simple separación transitoria, ha sido originada por causas distintas al traslado mismo o se trata de circunstancias de carácter superable.¹⁹

Conviene destacar, igualmente, a propósito de los parámetros anteriormente señalados, que la jurisprudencia constitucional ha puesto de presente que los mismos deben corresponder a situaciones en las que se evidencien cargas desproporcionadas e irrazonables, y no que por sí solas impliquen cambios o alteraciones que puedan ser considerados insubstanciales o soportables en las condiciones de vida y en la cotidianidad de las labores que a diario se ejercen²⁰.

A ello, resta por agregarse, con respecto a la intervención excepcional del juez de tutela frente a las controversias que se susciten en torno al tema de traslados laborales, que ésta se encuentra supeditada al análisis de las circunstancias que rodean cada situación particular y a la debida acreditación²¹ que de las mismas se haga en el caso concreto, para determinar, finalmente, sobre la eventual existencia de una amenaza o vulneración grave de derechos fundamentales²².

4.1.8. Por su parte, frente al denominado *ius variandi*, este Tribunal lo ha definido como una de las expresiones del poder de subordinación que sobre los trabajadores ejerce el empleador, la cual se materializa en la facultad de variar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, la potestad de modificar el modo, el lugar, la cantidad o el tiempo de trabajo²³.

Tal facultad, entonces, se concreta en la posibilidad que tiene la respectiva autoridad nominadora de modificar la sede de la prestación de los servicios personales, bien sea discrecionalmente para garantizar una continua, eficiente y oportuna prestación del servicio cuando las necesidades así lo impongan, o bien por la solicitud de traslado que directamente se realice²⁴.

4.1.9. En el caso del sector público, ya esta Corporación ha indicado que existen ciertas entidades que, a causa de las funciones que les corresponde cumplir, se caracterizan por contar con una planta de personal global y flexible que, de suyo, supone un mayor grado de discrecionalidad en materia de traslados²⁵. Y dentro de ese grupo se encuentra la Fiscalía General de la Nación, la cual puede, en ejercicio de la mencionada facultad discrecional, determinar la reubicación territorial de sus funcionarios y empleados, con el fin de mejorar la prestación del servicio, siempre que el ejercicio de dicha facultad no suponga una desmejora de las condiciones laborales²⁶.

Es de advertir que el ejercicio del ius variandi no tiene un carácter absoluto, en la medida en que dicha potestad encuentra límites claramente definidos en la propia Constitución Política, especialmente, en las disposiciones que exigen que el trabajo se desenvuelva en condiciones dignas y justas, en las que consagran los derechos de los trabajadores y facultan a éstos para reclamar a sus empleadores por la satisfacción de las garantías necesarias para el normal cumplimiento de sus labores y, en general, en los principios mínimos fundamentales que deben regir las relaciones de trabajo y que se encuentran contenidos en el Artículo 53 Superior.

4.1.10. Teniendo como fondo que la acción de tutela no se configura, por lo general, como la vía judicial apropiada para que mediante ella se controviertan tanto las decisiones que ordenan reubicaciones laborales como aquellas que niegan solicitudes de traslado²⁷, en algunas de las sentencias proferidas por esta Corporación se decidió denegar el amparo constitucional deprecado.

Así, a título ilustrativo de todo lo precedente, valga traer a colación la Sentencia T-1498 de 2000, en donde la Sala Tercera de Revisión abordó el tema de la discrecionalidad de la Fiscalía General de la Nación para ordenar el traslado con base en la necesidades del servicio, a propósito del caso de una persona que se desempeñaba como Fiscal Delegado ante el Tribunal del Distrito Judicial de Armenia, el cual fue trasladado por la Fiscalía, mediante la Resolución No. 2-0614 de abril de 2000, a Riohacha, con el objetivo de que ejerciera el mismo cargo ante el Tribunal del Distrito Judicial de dicha ciudad.

En ese fallo, la Sala en mención sostuvo que, en principio, la acción de tutela no era el medio adecuado para cuestionar las decisiones de traslado, dada la existencia de otro medio de defensa judicial como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el juez contencioso administrativo²⁸. No obstante, precisó también que, en ciertas circunstancias excepcionales, el recurso de amparo constitucional resulta procedente para revocar una orden de traslado. En ese sentido, la Sala Segunda de Revisión expuso:

“Ciertamente, el amparo constitucional será procedente cuando se encuentra que el acto de traslado es ostensiblemente arbitrario²⁹ y adicionalmente, se cumple alguno de los siguientes supuestos: “(1) que el traslado tenga como consecuencia necesaria la afectación de la salud del servidor público o de alguno de los miembros de su núcleo familiar,

especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido³⁰; (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 superables³¹; (3) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia³².” 33”

Ahora bien, para que la acción de tutela pueda proceder por alguna de las anteriores circunstancias, estas deben encontrarse plenamente probadas dentro del expediente,³⁴ de lo contrario el recurso tendrá que negarse. En este sentido, la Corte en diversas oportunidades ha negado la procedencia del amparo constitucional cuando a pesar de que se aduce que el traslado implicaba una ruptura de la unidad familiar³⁵ o una afectación de la salud del empleado o de los miembros de su familia,³⁶ estas situaciones no estaban debidamente acreditadas. Igualmente, la jurisprudencia ha negado la tutela, cuando el afectado argumenta la vulneración del derecho a la educación porque en razón al traslado él o algún miembro de su familia deba abandonar sus estudios,³⁷ o alegue el desmejoramiento de sus condiciones económicas por el aumento de sus gastos personales y familiares en la nueva localidad.³⁸ En los anteriores eventos, la Corte ha enfatizado que no toda implicación de orden familiar y económico del trabajador causada por el traslado, tiene relevancia constitucional y amerita la procedencia del amparo transitorio. De aceptarse lo contrario, en la práctica se haría imposible la reubicación de los funcionarios de acuerdo con las necesidades y objetivos de la entidad empleadora. Sin embargo, no sobra advertir que la improcedencia del amparo constitucional en estos casos, no significa que la persona afectada no tenga la oportunidad de acudir al medio ordinario de defensa judicial, a través del cual podrá demostrar ante el juez competente, la alegada arbitrariedad del acto de traslado y, por ende, exigir el restablecimiento de su derecho”³⁹.

Concluyó dicha Sala que, la acción de tutela, en el caso concreto, no tenía vocación de procedencia, al no haberse acreditado ninguna de las circunstancias que, en materia de traslados, habilitan el ejercicio del mecanismo de amparo constitucional⁴⁰.

4.1.11. De acuerdo con las consideraciones vertidas en precedencia, debe precisarse, frente al asunto que ocupa la atención de esta Sala, que la decisión de traslado proferida por la

Fiscalía General de la Nación no se aprecia como arbitraria, pues de ninguna forma se emitió sin consultar de forma adecuada las circunstancias particulares de la actora y de su núcleo familiar.

De hecho, como se advierte del acervo probatorio allegado al expediente, el mencionado traslado se justificó en el hecho de la necesidad del servicio en la Seccional de Valledupar, el cual estuvo antecedido por un traslado a la ciudad de Montería, surtido, en estricto sentido, por evidentes razones de seguridad personal. En todo caso, es de advertir que en la Seccional de Montería sólo ejerció sus labores como Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, durante un interregno aproximado de 3 meses, lapso del cual no puede predicarse estabilidad familiar alguna.

Así mismo, no puede alegarse que el traslado implica una desmejora de las condiciones de trabajo de la actora, pues, a más de que no lo adujo en el escrito de tutela, del material probatorio obrante en el mismo no se infiere tal afectación. En este punto, es dable citar la Resolución 2-2211 de 08 de septiembre de 2009, por medio de la cual se efectuó el traslado objeto de cuestionamiento, en la medida en que allí se dispuso que el traslado de la tutelante a Valledupar se ordenaba para que ejerciera labores afines a las que desempeñaba en la Seccional de Montería, de la misma naturaleza, categoría y remuneración.

4.1.12. Ahora bien, en lo que concierne a la afectación clara, grave y directa de una prerrogativa iusfundamental, en este caso, específicamente, del derecho a la unidad familiar radicado en cabeza de la actora y de su núcleo familiar, no encuentra esta Sala de Revisión que ello, en efecto, aconteciera.

Lo anterior, como quiera que, en el expediente, no aparecen debidamente probadas circunstancias tales como que el traslado afecte la salud de la actora o de alguno de sus menores hijos, al paso que tampoco genera un peligro para sus vidas o un perjuicio a su integridad. En modo alguno supone el traslado, en opinión de este Tribunal, una ruptura del núcleo familiar que se origine en circunstancias insuperables, pues, contrario a lo expuesto por la demandante, lo cierto es que se trataría de una situación tolerable, en tanto los menores hijos de la actora se trasladen al municipio de Valledupar y convivan con ella; máxime, cuando del expediente no se advierten factores que pudiesen obstaculizar tal cometido⁴¹. Inclusive, el argumento inicial esgrimido por la tutelante para rechazar el

traslado a la ciudad de Valledupar, consistente en que en el municipio de Montería residen varios de sus familiares, no es de recibo, como quiera que el núcleo familiar es integrado sólo por la actora y sus dos hijos.

Teniendo en cuenta esas precisas circunstancias, ha de ponerse de manifiesto que el traslado ordenado no corresponde a una situación en la que se evidencie una carga desproporcionada o irrazonable, que por sí misma implique una alteración, de tal envergadura, que llegue a considerarse insoportable en las condiciones de vida de la actora, en su condición de servidora pública al servicio de la Fiscalía General de la Nación, y de sus menores hijos.

4.2. Inexistencia de un perjuicio irremediable

4.2.1. Al margen de lo establecido anteriormente, y teniendo en cuenta las precisas características que informan la acción de tutela, queda por precisar si, aun cuando para resolver el presente asunto se advierte la existencia de otros medios de defensa judicial para lograr la protección del derecho fundamental que la actora considera vulnerado, debe la Corte pronunciarse sobre la solicitud de protección transitoria para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

4.2.2. Sea lo primero resaltar, que esta Corporación ha aceptado la posibilidad de dar trámite a una petición de tutela como mecanismo transitorio, siempre que, por una parte, se acredite que es inminente un perjuicio irremediable para el derecho fundamental; y, por otra, que existe otro mecanismo de defensa judicial al que puede acudir para decidir, con carácter definitivo, la controversia planteada en sede de tutela.

4.2.3. En cuanto tiene que ver con el concepto de perjuicio irremediable, adoptado por esta Corporación, se ha dicho que éste consiste en el riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir, no otorga forma alguna de reparar el daño⁴².

Partiendo de tal definición, la jurisprudencia constitucional ha delineado una serie de criterios a partir de los cuales debe evaluarse si, efectivamente, en un caso concreto, se está ante la presencia de un perjuicio irremediable que habilite la procedencia transitoria del mecanismo de amparo constitucional. Tales presupuestos aluden a que el perjuicio es aquel (i) que se

produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) que el daño es inminente; (iii) que de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iv) que resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y (v) que la gravedad de los hechos es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales⁴³.

Desde sus albores, esta Corte, a través de su jurisprudencia, ha indicado que:

“A). El perjuicio ha de ser inminente: que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señales la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La

gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconvenientes.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.”⁴⁴

4.2.4. En lo que respecta a los mecanismos de defensa judicial principales u ordinarios, esta Corporación ha sostenido que debe evaluarse el hecho de “que no todos tienen similares características, pues algunos son procesalmente más rápidos y eficaces que los demás”⁴⁵. Bajo esa particular consideración, ha dicho la Corte que, tratándose de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, que se ejercen ante la jurisdicción contencioso administrativa, éstas se consideran mecanismos, en principio, más eficaces en cuanto su ejercicio puede ir acompañado de la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo atacado, solicitud que debe ser resuelta en el auto admisorio de la demanda⁴⁶.

En efecto, en un reciente pronunciamiento que sobre la temática adoptó esta Corporación, se precisó que, en tanto existan en el ordenamiento jurídico diversos mecanismos judiciales de defensa, éstos tendrán, a diferencia de la acción de tutela, un carácter preferente a los que deben acudir las personas con la pretensión de que sean justiciables sus derechos. Con ese enfoque, la Sentencia de Unificación SU-037 de 2009, puso de presente que:

“La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, “hace

más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto”47.”48

4.2.5. En este particular escenario, considera la Sala de Revisión que, en cuanto hace al caso concreto, tampoco por la vía del perjuicio irremediable es posible la procedencia, siquiera transitoria, de la presente acción de tutela, pues la actora no logró demostrar la existencia de un perjuicio de tales características, y tampoco del análisis de los hechos es posible arribar a esa conclusión.

4.2.6. Lo que se vislumbra en esta causa, a juicio de esta Sala, son circunstancias fácticas que descartan la presencia de una situación de grave amenaza de derechos fundamentales del actor, y que exija la adopción de medidas de protección transitorias e impostergables, que a su vez deban ser tomadas de forma inmediata por parte del juez constitucional.

Lo anterior, como ya quedó consignado, en cuanto que la presunta vulneración de que es objeto la actora, puede ser reparada en su integridad mediante el ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo ejercicio contempla, además, la posibilidad de solicitar como medida cautelar la suspensión provisional de los actos objetos de reproche y de aquellos que eventualmente se vean involucrados en la violación alegada.

4.2.7. El que el daño posiblemente inferido pueda entonces repararse por otras vías judiciales, dotadas del mecanismo de la suspensión provisional, descarta de plano la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio en el presente caso, ya que de estar produciéndose un perjuicio en contra de la tutelante, el mismo no tiene la entidad de ser irremediable y, por tanto, no requiere de medidas urgentes.

Esto último, reforzado por el hecho de que el traslado ordenado por la Fiscalía General de la Nación tuvo por fundamento la necesidad del servicio y el mejoramiento en la tramitación de las investigaciones y procesos judiciales a cargo de la Seccional ubicada en Valledupar, así como también que el mismo no supuso la desmejora en las condiciones laborales, en cuanto fue trasladada para el ejercicio de funciones afines a las que desempeñaba en la ciudad de Montería, de similar naturaleza, categoría y remuneración.

4.2.8. Dicha situación lleva a la Corte a concluir que tampoco por esta razón se encuentra vulnerado el derecho fundamental a la unidad familiar de la actora y de sus menores hijos pues, como fue precisado, no existe, en principio, ninguna razón válida que le imposibilite trasladar a sus hijos a la ciudad de Valledupar y, evitar con ello, la ruptura de su núcleo familiar.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, el fallo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, el 29 de octubre de 2009 que, a su vez, confirmó el dictado por el Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, el 02 de octubre de 2009.

SEGUNDO: Líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado Ponente

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

1 Al respecto, consultar todas y cada una de las Resoluciones por medio de las cuales la señora Ena Victoria Marimón Escobar fue trasladada a las Distintas Seccionales. Ver folios 01 a 60 del Cuaderno No. 01 del expediente.

2 En efecto, obra dentro del expediente certificación expedida por la Dirección Nacional de Fiscalías de Medellín, en la que se da constancia acerca de las diversas amenazas que la actora ha recibido, a causa presuntamente, de la investigación que se adelanta en la Fiscalía Seccional de Girardota, Antioquia. Sobre el particular, consultar folio 35 del Cuaderno No. 01 del expediente.

3 La entidad demandada cita, a título ilustrativo de sus argumentos, las Sentencias T-1498 de 2000, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez y la T-264 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

4 Ver folio No. 111 del Cuaderno 01 del expediente.

5 Sobre el particular, consultar, entre otras, las Sentencias SU-037 del 28 de enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-280 del 20 de abril de 2009, T-565 del 6 de agosto de 2009 y T-136 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

6 Consultar, entre otras, la Sentencia T-608 del 27 de octubre de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

7 Consultar, entre otras, la Sentencia T-1452 del 26 de octubre de 2000, M.P. (E) Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

8 Sentencia T-715 del 10 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En el mismo sentido, ver la Sentencia SU-037 del 28 de enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

9 Consultar, entre otras, la Sentencia SU-037 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

10 Consultar, entre otras, la Sentencia SU-037 de 28 de enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

11 Consultar el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 "Por la cual se reglamenta la acción de

tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

12 Ver, entre otras, la Sentencia T-1044 del 4 de diciembre de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

13 En este sentido pueden verse las Sentencias T-1156 de 2004, T-346 de 2001, T-1498 de 2000, T-965 de 2000, T-288 de 1998, T-715 de 1996, T-016 de 1995 y T-483 de 1993.

14 Consultar, entre otras, las Sentencias T-715/96 y T-288/98.

15 Sentencia T-065 de 2007.

16 Consultar, entre otras, la Sentencia T-280 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

17 Consultar, entre otras, las Sentencias T- 330 de 1993, T 483 de 1993, T-131 de 1995, T-514 de 1996, T-181 de 1996, T- 715 de 1996, T-516 de 1997, T-208 de 1998 y T-532 de 1998.

18 Consultar, entre otras, las Sentencias T-532 de 1996 y T-120 de 1997.

19. Por vía de ejemplo, en la Sentencia T-593 de 1992 la Corte concedió la tutela a una trabajadora de una empresa particular que había sido trasladada de Bogotá a Melgar, debido a que en la primera ciudad residían sus cuatro hijos y dos de ellos padecían graves problemas de salud. Así mismo, en la Sentencia T-447 de 1994 la Corte protegió a una docente que pretendía su traslado y el de su cónyuge -también docente- a la ciudad de Bogotá, ya que su hija sufría microcefalia y presentaba problemas de aprendizaje. En la Sentencia T-514 de 1996, la Corte concedió la tutela a dos docentes que habían sido trasladados, debido a que padecían serios quebrantos de salud debidamente acreditados: uno de ellos sufría cáncer y el otro, hipertensión arterial severa y problemas en su columna vertebral. De manera similar, en la Sentencia T-503 de 1999 se otorgó el amparo a un trabajador de una empresa privada que fue trasladado de Sincelejo a Riohacha. En aquella oportunidad, la Corte pudo comprobar que con el paso del tiempo el cambio de sede había afectado el proceso de aprendizaje de uno de los hijos del demandante, debido a la ausencia del padre y el estrecho vínculo afectivo que los unía. De igual forma, consultar las Sentencias T-503 de 1999, T-965 de 2000, T-1498 de 2000, T-346 de 2001, T- 468 de 2002, T-825 de

2003 y T- 256 de 2003.

20 Consultar, entre otras, la Sentencia T-969 de 2005. Allí se explicó que “no toda implicación de orden familiar y económico del trabajador causada por el traslado tiene relevancia constitucional para determinar la necesidad del amparo, sino solamente aquellas que afecten de manera grave su situación personal o familiar. De lo contrario, en la práctica se haría imposible la reubicación de los funcionarios de acuerdo con las necesidades y objetivos de la entidad empleadora”.

21 Al respecto, ver las Sentencias T-532 de 1998 y T-353 de 1999.

22 Así, por ejemplo, en el campo del servicio público de educación, la Corte, mediante Sentencia T-201 de 2008, decidió denegar el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de un docente que solicitaba un traslado a otro centro educativo distinto del que le había sido asignado, alegando para ello que el lugar donde se encontraba ubicado el mencionado centro educativo incidía negativamente en su enfermedad. En dicha oportunidad, esta Corporación sostuvo que al tratarse de un traslado solicitado por el docente, era necesario entonces tener en cuenta si la negativa de la entidad nominadora devenía arbitraria e injustificada frente a las razones planteadas por el interesado, aclarando, en todo caso, la necesidad de acreditar que el statu quo que el empleador se niega a modificar cause una vulneración cierta, clara y directa a los derechos fundamentales del trabajador o de uno o más miembros de su familia inmediata, relacionados con la salud en conexidad con la vida, o con la seguridad personal, o con la unidad del grupo familiar al que el trabajador pertenece, de suerte que de no cumplirse con tales presupuestos, forzoso sería concluir que la acción de tutela no tendría vocación de prosperidad.

23 Consultar, entre otras, la Sentencia T-797 de 2005.

25 Sentencias T-615/92 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-016 de 1995 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-399/96 (MP Jorge Arango Mejía) y T-715/96 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

26 Consultar, entre otras, la Sentencia T-1498 de 2000, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

27 En este sentido pueden verse las Sentencias T-1156 de 2004, T-346 de 2001, T-1498 de 2000, T-965 de 2000, T-288 de 1998, T-715 de 1996, T-016 de 1995 y T-483 de 1993.

28 Cfr. Entre otras, las Sentencias T-016 de 1995, MP José Gregorio Hernández Galindo; T-362 de 1995, MP Eduardo Cifuentes Muñoz; T-399 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía; T-715 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-288 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz; T-532 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-503 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

29 T-715/96 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); T-288/98 (MP Fabio Morón Díaz).

30 Sentencias, T-330/93 (MP Alejandro Martínez Caballero), (T-483/93 MP José Gregorio Hernández Galindo), T-131/95 (MP. Jorge Arango Mejía), T-181/96 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-514/96 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), T-516/97 (MP. Hernando Herrera Vergara), T-208/98 (MP. Fabio Morón Díaz) y T-532/98 (MP Antonio Barrera Carbonell).

31 Sentencia T-503/99 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

32 Sentencia T-120/97 (MP Carlos Gaviria Díaz); T-532/96 (MP Antonio Barrera Carbonell).

33 Sentencia T-965/00 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

34 Sentencia T-532/98 (MP Antonio Barrera Carbonell); T-353/99 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

35 Sentencias T-615/92 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-311/93 (MP. Fabio Morón Díaz), T-016/95 (MP. José Gregorio Hernández Galindo) y T-353/99 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

36 Sentencias T-715/96 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-288/98 (MP. Fabio Morón Díaz) y T-353/99 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

37 Sentencias T-362/95, (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-016/95 (MP. José Gregorio Hernández Galindo) y T-288/98 (MP. Fabio Morón Díaz).

38 Sentencia T-288/98 (MP Fabio Morón Díaz).

39 Sentencia T-1498 de 2000, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez (E.)

40 Sentencia T-532 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-353 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

41 Consultar, entre otras, la Sentencia T-503 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

42 Consultar, entre otras, las Sentencias T-225 de 1993, SU-086 de 1999 y SU-544 de 2001.

43 Sobre el tema se pueden consultar las Sentencias T-225 de 1993 y SU-086 de 1999.

44 Sentencia T-225 de 1993. La línea de orientación vertida en dicha providencia, ha sido reiterada por esta Corporación, entre otras, en las Sentencias SU-086 de 1999, T-789 de 2000, SU-544 de 2001, T-599 de 2002, T-803 de 2002, T-882 de 2002 y T-922 de 2002.

45 Sentencia SU-544 de 2001.

46 La posibilidad de suspender provisionalmente los actos administrativos se encuentra consagrada en el artículo 238 de la Constitución Política, el cual establece expresamente que: [I]a jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial". Dicho mandato es a su vez desarrollado por los artículos 152 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

47 Sentencia SU-544 de 2001.

48 Sentencia SU-037 de 2009, Sala Plena de la Corporación.