

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado ponente

STP1554-2018

Radicación n.º 96521

Acta n.º 41

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

V I S T O S

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación interpuesta por el accionante MELQUISEDEC QUIJANO SUÁREZ contra la sentencia emitida, el 29 de noviembre de 2017, por la Sala Penal de Tribunal Superior de Bogotá, mediante la que negó el amparo constitucional reclamado por el mencionado y sus hijos1 ANDRÉS FELIPE y MARÍA ALEJANDRA QUIJANO MANOSALVA frente a la Dirección Seccional de Cundinamarca y Subdirección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación.

I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

De la actuación se desprende que mediante Resolución 000264 de 10 de agosto de 2017, la Dirección Seccional de Cundinamarca de la Fiscalía General de la Nación, reubicó, entre otros, a MELQUISEDEC QUIJANO SUÁREZ de la Unidad Local de Policía Judicial de Soacha en donde desempeñaba el cargo de técnico investigador II a la Unidad Local de Policía Judicial de Guaduas (folios 50ss. c.o.).

Resolución frente a la cual el accionante propuso recursos de reposición y apelación; el primero se definió por la Dirección Seccional de Cundinamarca de la Fiscalía General de la Nación en Resolución 000350 de 18 de septiembre de 2017, en el sentido de mantener la decisión que dispuso la reubicación; mientras, el segundo lo resolvió el Subdirector de Talento Humano de la referida entidad mediante Resolución 23147 de 20 de octubre del año precitado en la que confirmó la reubicación interna del empleo de técnico investigador II desempeñado por el atrás mencionado de la Unidad de Policía de Soacha a la Unidad de Policía de Guaduas. Pronunciamiento que le fue notificado en forma personal el 24 del mes y año últimamente citados (folios 57ss., 64ss. y 72 c.o.).

En tales condiciones, MELQUISEDEC QUIJANO SUÁREZ, en su condición de Técnico Investigador II2, y, sus hijos, ANDRÉS FELIPE y MARÍA ALEJANDRA QUIJANO MANOSALVA instauran acción de amparo constitucional, a fin de obtener protección para los derechos fundamentales a la igualdad, a la vida digna, a la estabilidad laboral, la unidad familiar y a la educación.

Para tal efecto aducen que, QUIJANO SUÁREZ ha estado vinculado a la Fiscalía General de la Nación desde el 2 de enero de 2012 en el cargo de técnico investigador II3, del que se ordena su traslado sin que, en su criterio, ello obedezca a necesidades reales del servicio y a pesar que el comportamiento laboral del mencionado ha sido excelente, su desempeño laboral ha sido calificado con puntajes altos, no ha tenido sanciones disciplinarias y, por el contrario, ha sido felicitado por su eficiencia en la prestación del servicio.

De manera tal que la decisión adoptada por la Fiscalía conculca, en criterio de QUIJANO SUÁREZ, sus derechos y los de sus hijos, pues rompe la unidad de su núcleo familiar, máxime que sus descendientes son estudiantes universitarios en Bogotá, están bajo su cuidado y responsabilidad y es quien vela por su manutención ya que provee todos sus gastos como también los de su cónyuge.

Agrega que, la “facultad discrecional de variar las condiciones laborales (ius variandi) se utiliza como mecanismo de represión y de castigo...” para obligarlo “posiblemente a renunciar...cuando constata que el empleado tiene el tiempo de jubilación, pero que por prerrogativa legal no tiene la obligación de separarse del cargo hasta los 70 años de edad”; además, aunque se alude que se hace por necesidades del servicio, ello acota, no es así, pues obedece al “capricho antojadizo del funcionario nominador...”.

Resalta que se afecta la unidad familiar y económica, se pone en inminente peligro la continuidad de las relaciones afectivas, la prosecución de la comunicación directa, de manera que constituye un acto arbitrario y abusivo desubicar a la familia y menoscabar sus condiciones laborales.

Acorde con lo anotado solicita ordenar a la Dirección Seccional de Cundinamarca de la Fiscalía General de la Nación que deje sin valor ni efecto la Resolución 000264 de 10 de agosto de 2017 que dispuso su reubicación (folios 1ss. c.o.).

II. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1. Admitida la demanda tutelar, en auto de 15 de noviembre de 2017, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá dispuso la notificación de las autoridades accionadas, esto es, la Dirección Seccional de Cundinamarca y la Subdirección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación (folio 110 c. o.).

2. La Subdirección Regional de Apoyo Central de la Fiscalía General de la Nación, alude que la planta de personal de la entidad es de carácter global y flexible, precisamente, para poder garantizar a la administración pública capacidad en el manejo del personal y atender las cambiantes necesidades del servicio y cumplir eficientemente las funciones que le corresponden.

Sumó a lo dicho que la decisión se adoptó acorde con lo previsto en la Resolución 0191 de

2017, pues, previamente, se realizó diagnóstico⁴ sobre las diferentes áreas misionales de la seccional Cundinamarca que derivó en la necesidad de ordenación de la estructura de Policía Judicial a fin de optimizar los recursos en función de la gestión oportuna y eficaz y que determinó la reubicación de 67 servidores que fueron autorizadas por los Directores Seccional y Nacional de Seccionales y Seguridad Ciudadana y cuya “única motivación fue la de ubicar el personal teniendo en cuenta la organización interna, las necesidades del servicio, los planes, las estrategias y los programas de la entidad” .

Añadió que el empleador ostenta la prerrogativa del *ius variandi* y que la reubicación del funcionario a otra dependencia no constituye desmejoramiento de sus condiciones, pues se mantuvo el cargo desempeñado y la prestación del servicio en condiciones dignas y justas y se hizo por estrictas necesidades del servicio. Además, la medida no supone una ruptura abrupta del núcleo familiar, dado que no se está en circunstancias insuperables, pues la unidad familiar no depende solamente del espacio geográfico. Por tanto, solicita negar el amparo (folios 116ss. c.o.).

III. EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Superior de Bogotá negó el amparo constitucional, para cuyo efecto afirma que existen otros mecanismos judiciales a los que correspondía acudir, pues dada la subsidiaridad de la acción constitucional no podía utilizarse como medio alternativo, adicional o complementario ni mucho menos para reemplazar los procesos ordinarios o especiales. En el caso se contaba con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sumó a lo dicho que la decisión debatida no emergía arbitraria, pues se fundó en razones del servicio y en la naturaleza global y flexible de la planta de personal de la Fiscalía; así, como en el ejercicio de la facultad discrecional que permite la reubicación territorial para mejorar la prestación del servicio sin ello implicar desmejora en las condiciones laborales.

Añadió que la decisión no vulnera los derechos del servidor ni de su familia, pues no se probó que el traslado afecte su salud o la de sus hijos o que ponga en peligro su vida o integridad personal ni menos que se rompa de manera definitiva su núcleo familiar.

Igualmente, averó que tampoco se evidenciaba que las condiciones laborales del accionante desmejoraran, pues el cargo no varó.

Agregó que los elementos de juicio no permiten predicar que es el único que asume el cuidado de los hijos en lo afectivo y material, debido a que también conviven con la madre quien debe prestar apoyo para el bienestar y cuidado de los jóvenes, máximo que estos son mayores de edad, universitarios por lo que tienen la madurez para comprender y sobrellevar la situación.

Así, concluyó el juez constitucional colegiado que el traslado no imponía cargas desproporcionadas e irrazonables para ninguno de los integrantes del núcleo familiar. Además, tampoco se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable (folios 126ss. c.o.).

IV. LA IMPUGNACIÓN

MELQUISEDEC QUIJANO SUÁREZ, coadyuvado por su apoderado, impugna el fallo para cuyo efecto, insiste, en la conculcación de sus derechos, pues, en su criterio, no puede invocarse una potestad genérica de la Fiscalía para trasladar al personal sin tener en cuenta la realidad concreta de su situación, máxime que no se realizó análisis de las supuestas necesidades del servicio, pues lo que se dio fue una “rotación o movimientos injustificados...”.

Averó que resultaba inentendible que se produzca el “traslado por supuestas necesidades del servicio de un funcionario de una unidad mucho más compleja y con mayor carga laboral como es la Unidad Local CTI-Soacha a una unidad local de Policía Judicial de Guaduas que tiene una carga mucho menor...”, de manera que con esa designación se presenta afectación al mejoramiento del servicio.

Así, insistió en el grave perjuicio que se causa al núcleo familiar con el traslado, pues si bien sus hijos son mayores de edad, se encuentran cursando estudio universitarios por lo que requieren de su protección y vigilancia constante, máxime que económicamente dependen de él. Tampoco se tuvo en cuenta que el traslado pone en inminente peligro la continuidad de las relaciones afectivas entre los miembros de la familia, esto es, los padres y los hijos.

Agrega que aunque no desconoce que puede acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, concurre a la acción de amparo constitucional para evitar un perjuicio, máxime cuando no se tuvo en cuenta su comportamiento laboral que ha sido excelente. Por tanto, solicita revocar el fallo impugnado y conceder el amparo (folios 141ss. c.o.).

V.CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para pronunciarse sobre la impugnación propuesta por el accionante, en tanto lo es en relación con la decisión adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, de la cual es su superior funcional.

El artículo 86 de la [Constitución Política](#) consagró la acción de tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual para la protección de los derechos constitucionales fundamentales ante el menoscabo o la amenaza derivados de acción u omisión atribuible a las autoridades o a los particulares en las situaciones específicamente precisadas en la ley.

Se ha insistido en que la acción de tutela no puede emplearse como un medio alternativo e instancial en la solución de las controversias, ni su aducción ante el juez de amparo puede ser coetánea con los procedimientos ordinarios estatuidos legalmente y mucho menos surgir en forma paralela a éstos o de reemplazo, máxime que no puede ser tomada como un recurso adicional de los mecanismos de defensa de los derechos fundamentales con los cuales el propio ordenamiento ha dotado a los sujetos intervinientes en las actuaciones

administrativas o judiciales, pues como bien se sabe, la tutela está llamada a consolidar la defensa de derechos en aquellos eventos en que existe un verdadero vacío legal de medios para cumplir con la protección de las diversas garantías superiores.

Este carácter no la aparta de los criterios generales sobre la procedencia formal del amparo, de conformidad con lo estatuido en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, uno de estos señalado en su numeral 1º, cual es la existencia de otro mecanismo de defensa judicial para lograr la protección que por vía de la acción constitucional se pretende obtener, ello significa que procede únicamente ante la ausencia de medios de defensa judicial para la protección de las garantías o cuando el medio pertinente, previamente previsto en el ordenamiento jurídico es claramente ineficaz para la defensa de éstas, en dicho evento procede la tutela como mecanismo transitorio, con el fin de evitar un perjuicio de carácter irremediable.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, no queda duda que la solicitud de amparo constitucional para los derechos fundamentales de MELQUISEDEC QUIJANO SUÁREZ y sus hijos ANDRÉS FELIPE y MARÍA ALEJANDRA QUIJANO MANOSLAVA, está encaminada a conseguir que el juez constitucional intervenga y ordene a la Dirección Seccional de Cundinamarca de la Fiscalía General de la Nación “dejar sin valor ni efecto la Resolución N° 000264 de 10 de agosto de 2017”, mediante la que dispuso la reubicación que de su cargo de “Técnico Investigador II” ejerce en la “Unidad Local de Policía Judicial de Soacha”, a la “Unidad Local de Policía Judicial de Guaduas”.

Al respecto, resulta oportuno indicar lo precisado por la Sala, en cuanto, las características de subsidiaridad y residualidad que son predicables de la acción de tutela, y que, ciertamente, traen como consecuencia que no pueda acudir a tan excepcional mecanismo para reemplazar los procedimientos ordinarios de defensa, pues justamente el amparo se concibió para suplir la ausencia de éstos y no para quebrantar los existentes, de manera tal que no puede ser considerado como medio alternativo o paralelo de defensa o

instancia adicional al cual acudir para enderezar actuaciones presuntamente viciadas, ya sean éstas de carácter administrativo o judicial.

Sobre el tema propuesto, la Corte Constitucional en sentencia CC T-555 de 2004 indicó:

(...) Con base en tales disposiciones la Corte ha señalado en muy numerosas ocasiones el carácter extraordinario y subsidiario de la acción de tutela, conforme al cual ésta no puede sustituir los medios ordinarios de defensa judicial, así: Desde su introducción al ordenamiento constitucional colombiano en la Carta Política de 1991, la acción de tutela fue consagrada como mecanismo judicial subsidiario para la defensa de los derechos fundamentales de las personas, que resulten violados o gravemente amenazados por la actuación de las autoridades, o de los particulares en los casos previstos en la ley. En el artículo 86 Superior, el Constituyente claramente estableció que esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial (negrillas fuera de texto).

En consecuencia, en materia de amparo judicial de los derechos fundamentales hay una regla general: la acción de tutela es el último mecanismo judicial para la defensa de esos derechos, al que puede acudir el afectado por su violación o amenaza sólo después de ejercer infructuosamente todos los medios de defensa judicial ordinarios, o ante la inexistencia de los mismos. Así lo consideró la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia T-568/94:

Sobre el particular, debe reiterar la Sala la improcedencia de la acción de tutela cuando existen otros medios de defensa judicial, teniendo en cuenta el carácter de mecanismo excepcional concebido en defensa de los derechos fundamentales, con la característica de ser supletorio, esto es, que sólo procede en caso de inexistencia de otros medios de defensa judicial, salvo que se intente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable -artículo 86 de la C.P. y artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991-."

Así las cosas, es indiscutible que el impugnante no puede utilizar la acción constitucional a manera de mecanismo adicional o de reemplazo de los instrumentos de defensa que todavía tiene a su alcance como sin duda lo es acudir ante el juez natural, el contencioso administrativo, a través de las acciones previstas en los artículos 137 y 138 del CPACA, esto es, a la nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho a fin de que se determine la constitucionalidad y legalidad del traslado.

Y exterioriza aún más la improcedencia de la acción de amparo constitucional que de los mecanismos judiciales atrás referenciados se desprende su plena idoneidad, en la medida que prevé como herramienta eficaz para contrarrestar temporalmente los efectos de la resolución debatida -hasta que se emita la respectiva sentencia-, la solicitud que con la demanda o en escrito separado se efectúe en relación con la suspensión provisional del acto administrativo, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 238 de la Constitución y el 230 del CPACA, pues sin duda tal medio permite la protección de las garantías fundamentales que los demandantes consideran conculcadas.

Al respecto se ha indicado⁵:

(...) 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”.

De manera que, al contar los reclamantes del amparo constitucional con un medio de defensa idóneo para remediar la supuesta violación de sus derechos fundamentales y debatir la legalidad del acto administrativo cuestionado, la acción de tutela resulta improcedente, tal como, acertadamente, se concluyó en el fallo de primera instancia.

Ahora bien, como la petición de amparo constitucional se formuló en procura de contrarrestar el presunto perjuicio irremediable que se le causa a la parte accionante en razón del traslado o reubicación de su cargo como técnico investigador II de Soacha a Guaduas y, tal circunstancia se erige como excepción a las causales de procedibilidad, se impone destacar que la jurisprudencia de manera uniforme ha establecido que el daño que da origen al amparo transitorio debe ser de tal envergadura que de no ordenar la suspensión del acto, se provocaría al solicitante del amparo, un menoscabo imborrable e irreparable.

Al respecto se ha dicho:

“... De otra parte, dado que la recurrente destaca la posibilidad de acudir a la acción como mecanismo transitorio, estima la Sala procedente reiterar que, conforme lo ha entendido esta Corporación, el perjuicio irremediable es aquel daño que en el ámbito material o moral padece una persona y que resulta irreversible, es decir, que de producirse sería imposible de borrar, pues sus efectos ya se habrán generado. Debe ser cierto, determinado y debidamente comprobado por el juez de tutela, quien además debe forzosamente concluir que tiene la característica de irreparable, condiciones estas que no se presentan en el caso examinado.

... En efecto: En los casos en los cuales puede lograrse, a través de los mecanismos y procedimientos judiciales pertinentes, el restablecimiento del derecho infringido o desconocido, no se está frente a un perjuicio irremediable. En el sub examine, como se señaló en precedencia, no cabe duda de que, para los fines perseguidos por la petente, esto es, dejar sin efectos la decisión por medio de la cual se ordenó su traslado, dispone de otro medio de defensa judicial, cual es el de acudir a la justicia contencioso administrativa, a quien corresponde definir si es procedente tal solicitud, sin que le sea dable al juez de tutela emitir pronunciamiento anticipado al respecto...” (negrillas fuera de texto).

En el caso, no se probó un perjuicio inminente o una afectación de notable gravedad, capaz de vulnerar o amenazar con seriedad los derechos fundamentales de la parte accionante, pues más allá de la afirmación que, en términos generales, exponen sobre las consecuencias del traslado de cara al núcleo familiar, del expediente no se advierte que el mínimo de condiciones de vida digna, la alimentación, la educación, la salud, el vestido, la recreación, e incluso, la vivienda se vean afectados a tal grado, que configuren un perjuicio irremediable y que hagan ineficaces los medios de defensa judicial que se tiene al alcance para cuestionar el acto administrativo que genera la inconformidad.

Todo lo anotado es suficiente para que no se conceda la tutela como mecanismo transitorio, pues, se reitera, cuando la parte interesada se ve enfrentada a una lesión inminente o actual debe exponer los supuestos de hecho y los elementos de juicio necesarios, con base en los cuales pueda inferirse razonablemente la existencia de éste, lo que no sucede en el caso.

En consecuencia, tampoco procede la tutela como mecanismo transitorio, pues el posible perjuicio irremediable aducido por la parte accionante bien puede ser contrarrestado a través de la suspensión provisional del acto administrativo atacado.

Finalmente, no sobra señalar que, aunque la parte accionante aduce que el traslado no obedeció a necesidades del servicio sino a motivos diferentes, lo real es que ello no se acreditó y por el contrario las “necesidades del servicio se presumen, están implícitas en el propio acto administrativo que contiene la orden de traslado”⁷.

Lo dicho en precedencia constituye razón suficiente para confirmar la decisión impugnada.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN DE TUTELAS, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. Confirmar el fallo recurrido.
2. Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Ambos mayores de edad
- 2 Cargo que ocupa desde el 2 de enero de 2012
- 3 Migró del DAS en el que laboraba desde el 14 de febrero de 1990
- 4 Informe Diagnóstico CTI-junio 2017-
- 5 CC SU-544/01

6 Sentencia de 6 de abril de 2000, radicado 4853

7 Sentencia 16564 de 19 de julio de 2000 Consejo de Estado, Sección
2ª, Subsección "A".