

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado Ponente

STP1129-2019

Radicación n.º 102232

Acta 24

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019)

ASUNTO

Se resuelve la impugnación presentada por Robert de Jesús Rivero Palomino frente a la sentencia proferida el 29 de octubre de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, mediante la cual negó el amparo propuesto en contra de la Fiscalía General de la Nación por la presunta vulneración de sus derechos a la unidad familiar, a la vida y las garantías de los niños.

ANTECEDENTES

Hechos y fundamentos de la acción

Fueron relatados por el A quo de la siguiente manera:

Manifiesta el accionante que, es funcionario del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, adscrito a la Dirección de Justicia Transicional sede Barranquilla en el cargo de Técnico Investigador IV.

Refiere el libelista, que es padre de 2 jóvenes emancipados (sic) y de 2 adolescentes de 12 y 16 años de edad, con los cuales convive y dependen económicamente de él y adicional a eso, señala que tiene bajo su cargo a su padre de 72 años.

Arguye que la Resolución 1-0410 del 28 de septiembre de 2018, mediante la cual se ordena su reubicación hacía la Dirección Seccional de Cauca - Antioquia vulnera sus derechos fundamentales, ya que tanto sus hijos como su padre dependen económicamente de él y al ser separados se afectarían psicológica y emocionalmente, por el rol que cumple de padre.

Indica que si bien la entidad accionada tiene discrecionalidad para trasladar a sus empleados, con ello se afecta la unión familiar, causando daño afectivo y moral en los menores, e igualmente en su padre, añadiendo que también se afecta su economía por tener que sostenerse en el nuevo lugar de trabajo, ocupándose de asumir pago de hospedaje, alimentación y demás gastos.

Por lo anterior, solicita se deje sin efectos el artículo primero - numeral 4o de la Resolución 1-0410 de fecha 28 de septiembre de 2018, expedida por la Vice fiscal General de la Nación, que ordena su traslado para la Dirección Seccional de Cauca - Antioquia y continúe el actor laborando en la ciudad de Barranquilla¹.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla negó el amparo invocado por el actor al establecer que contaba con otros medios de defensa judicial, además, que no habían elementos de juicio para determinar algún perjuicio irremediable, máxime cuando no había certeza sobre la desintegración familiar reclamada por el censor.

LA IMPUGNACIÓN

El demandante reiteró los argumentos plasmados en el escrito tutelar y, solicitó que se

revoque el fallo de primera instancia, en su lugar, se amparen sus derechos fundamentales dejando sin efectos el traslado.

CONSIDERACIONES

1. Corresponde a la Corte determinar si la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos a la unidad familiar, a la vida y las garantías de los niños invocados por el interesado, al haber dispuesto el cambio de lugar de trabajo, al parecer, se tuviera en cuenta su situación familiar.

Para resolver, previamente verificará si se satisface el principio de subsidiariedad que rige el ejercicio de la acción.

2. Improcedencia de la tutela por ruptura del principio de subsidiariedad

2.1. La [Constitución Política](#), en el artículo 86, estableció la tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual que tiene por objeto la protección de manera efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, ante su vulneración o amenaza, proveniente de la acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o de los particulares, en los casos que la ley regula, siempre que el interesado no cuente con otros medios de defensa judicial.

De su naturaleza se infiere que cuando el ordenamiento jurídico establece otro mecanismo judicial efectivo de protección, la parte actora debe acreditar que acudió en forma oportuna a aquél para ventilar ante el juez ordinario la posible violación de sus derechos constitucionales fundamentales.

Por lo tanto, se constituye en presupuesto de procedibilidad, el agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial².

2.2. En el presente caso, la Corte considera que el actor se equivocó al elegir la tutela como ruta para censurar el acto administrativo mediante el cual se ordenó su reubicación laboral, ya que es claro que el camino al que debe concurrir [como al parecer lo está haciendo] es a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para exponer en ella los argumentos de carácter legal y constitucional que avalen la tesis propuesta en su demanda; ello, porque no es de recibo que so pretexto de la violación de derechos fundamentales se intente trasladar una discusión propia de la jurisdicción ordinaria, para que de manera inconsulta sea desatada por la vía constitucional.

Lo anterior se encuentra soportado en el contenido del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que en su numeral 1° estableció como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia “de otros recursos o medios de defensa judiciales”, salvo que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable³, el cual no se vislumbra en este asunto.

Es así como la autoridad llamada a solucionar el problema planteado por el actor es el juez de lo contencioso administrativo, quien previa demanda podrá decretar la nulidad de la resolución en la que ordenó su traslado a la ciudad de Cali y así restablecer el derecho; con la posibilidad de solicitar, además, la suspensión del mismo, actuación regulada en el precepto 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011⁴ y que en virtud del artículo 233 ejúsdem se puede resolver incluso desde la admisión de la demanda.

Sobre la suspensión provisional, la Corte Constitucional en sentencia CC SU-355-2015, señaló:

La Ley 1437 de 2011 estableció en su artículo 231 una regulación diferente en materia de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo. Según esa norma podrá tomarse tal decisión cuando (i) se fundamente en la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en un escrito separado y (ii) cuando dicha

infracción surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Prescribe además que (iii) si se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios es necesario que el solicitante pruebe, al menos sumariamente, su existencia.

En adición a lo anterior, la ley fijó un procedimiento claro con términos específicos para darle trámite a la solicitud de suspensión provisional –en tanto medida cautelar- (art. 233), así como una autorización especial para que la autoridad judicial, destaca la Corte, pueda acoger medidas cautelares de urgencia (art. 234) sin necesidad de agotar el trámite que como regla general se prescribe.

Es claro a partir de la nueva regulación que el acentuado rigor que gobernaba la procedencia de la suspensión provisional en vigencia del anterior Código -al exigirse no solo el planteamiento de la solicitud antes de ser admitida la demanda sino también la constatación de una manifiesta y directa infracción de las normas invocadas-, fue modificado sustancialmente al prescribirse ahora que podrá solicitarse en cualquier momento y que podrá prosperar cuando la violación “surja del análisis del acto demandado” y su confrontación –no directa- con las disposiciones invocadas. Que la violación justificatoria de la suspensión provisional pueda determinarse a partir del “análisis”, indica que la autoridad judicial tiene la competencia para emprender un examen detenido de la situación planteada, identificando todos los elementos relevantes para determinar si ocurrió una infracción normativa. No basta con una aproximación prima facie para afirmar o descartar la vulneración, en tanto el juez debe evaluar con detalle la situación y a partir de ello motivar adecuadamente su determinación. (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

La mencionada medida precisamente está contemplada para contener el perjuicio inmediato que se pueda presentar con ocasión de la decisión y, por ello, descarta la viabilidad de la demanda constitucional, incluso, como mecanismo de protección transitorio, al guardar identidad en los efectos que se pretenden soportar.

Así las cosas, la Sala encuentra que no es de su competencia considerar las inconformidades planteadas en el amparo constitucional, pues ello sería tanto como conocer el fondo del asunto y asumir funciones que no le está permitido conocer frente a la legalidad del cuestionado acto administrativo.

2.3. Adicionalmente, la reubicación censurada tuvo ocurrencia en el escenario de una relación de naturaleza laboral, en la cual el empleador tiene la prerrogativa de modificar las condiciones laborales del trabajador en cuanto a cantidad, modo, tiempo y lugar, fenómeno conocido con el nombre de *ius variandi*, facultad que desde luego no es absoluta, sino que debe encuadrarse en parámetros de razonabilidad, pues deben preservarse los derechos mínimos de los trabajadores y las condiciones dignas y justas que consagran las normas pertinentes. En el caso particular, se observa que no hubo una desmejoría en las condiciones de trabajo del accionante, quien fue reubicado en un puesto similar en el municipio de Caucasia [Antioquia].

Además, el traslado no le impide seguir respondiendo por sus consanguíneos, aunado a que la variación no comporta un detrimento salarial ni funcional, condiciones que descartan la intervención constitucional.

Por las anteriores consideraciones se ratificará el fallo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas No. 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia impugnada.

Segundo. Disponer el envío de las diligencias a la Corte Constitucional, para la eventual

revisión de los fallos proferidos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Eyder Patiño Cabrera

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Folios 45 y ss cuaderno del Tribunal.

2 Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 del 8 de junio de 2005 y T-332 del 4 de mayo de 2006. CSJ STP Rad. No. 31.781, 32.327, 36.728, 38.650, 40.408, 41.642, 41.805, 49.752, 50.399, 50.765, 53.544, 54.762, 57.583, 59.354, 60.917, 61.515, 62.691, 63.252, 64.107, 65.086, 66.996, 67.145, 68.727, 69.938 y 70.488.

3 Sentencia T226/07 de la Corte Constitucional (...)Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran

amenazados.

4 Nuevo Código Contencioso Administrativo.