

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP13612-2019

Radicación n.º 104449

(Aprobación Acta No. 245)

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

VISTOS

Decide la Sala el recurso de impugnación interpuesto por el ciudadano Fabio Augusto Cabrera Rubiano, contra el fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá el 1 de agosto de 2019, que denegó por improcedente la solicitud de amparo formulada contra la Fiscalía General de la Nación.

Fueron vinculados como terceros con interés legítimo en el presente asunto quienes componen el núcleo familiar del accionante.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron recogidos en el fallo de tutela de primera instancia, en los siguientes términos:1

El libelista refiere que desde el 30 de julio de 2009 labora en la Fiscalía General de la Nación, actualmente está adscrito a la Dirección del Cuerpo Técnico de investigación en Bogotá donde desempeña el cargo de técnico investigador.

Alega que son realizarse un estudio de sus condiciones personales, profesionales y familiares y en represalia a algunos permisos que solicitó a comienzos de este año, el 6 de febrero de 2019 la entonces Vicefiscal General de la Nación dispuso su traslado a la Dirección Seccional de la Guajira, decisión que fue confirmada a través del recurso de reposición el 22 de mismo mes y año.

Cuestiona que la determinación adoptada es intempestiva y arbitraria, pues su reubicación pondría en peligro la vida e integridad de sus padres quienes residen en esta ciudad y requieren ayuda y apoyo permanente para sobrellevar las patologías que padecen.

Además, su núcleo familiar está compuesto por su hermana y su menor sobrina, la primera, con quien se alterna para cuidar a sus progenitores y la segunda, “quien ve en mí la figura paterna puesto que soy parte de su proceso de crianza y educación. (Textual).

ANTECEDENTES

El 19 de marzo de 2019 el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá denegó por improcedente el amparo promovido por el accionante y el 22 de abril siguiente se concedió la impugnación interpuesta por el actor.

Mediante proveído del 18 de junio esta corporación se abstuvo de resolver el recurso y decretó la nulidad de lo actuado a partir de auto admisorio del 7 de marzo de 2019 inclusive, sin perjuicio de la legalidad de las pruebas, por no haber vinculado a quienes componen el núcleo familiar del accionante.

Mediante oficios del 19 de julio de 2019 se corrió traslado a las partes con el fin de que ejercieran su derecho de defensa y contradicción, pronunciándose la Dirección Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación² y la ciudadana Martha Elvira Rubiano Rodríguez –progenitora del accionante-, quien coadyuvó a las pretensiones incoadas y refirió un caso similar de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá identificado con el

número 11001-31-87-011-2018-00164-01.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, mediante decisión adoptada el 1 de agosto de 2019, denegó por improcedente el amparo invocado por la parte accionante.

El Tribunal consideró que no se vulneraron los derechos fundamentales de Fabio Augusto Cabrera Rubiano, pues la problemática planteada debe ser dirimida en un escenario que no corresponde al constitucional, concretamente la vía de lo contencioso administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. En el marco de dicho trámite, el actor tiene la posibilidad de solicitar la medida de suspensión provisional conforme a los artículos 229 y siguientes de la ley 1437 de 2011.

Adicionalmente el Tribunal indicó que la Fiscalía General de la Nación cuenta con un alto grado de discrecionalidad frente a los traslados de sus empleados al tener una Planta Global, cuyas condiciones laborales pueden alterarse por necesidades del servicio, escenario en el cual se privilegia el cumplimiento de la misión institucional sobre los intereses particulares de quienes pudieren verse afectados.

En el caso en concreto, la reubicación no comporta la imposición de cargas desproporcionadas e irrazonables para el trabajador en los términos señalados por la Corte Constitucional mediante la sentencia T- 565 del 2014.

Frente a las complicaciones de salud de los padres del actor el Tribunal resalta que es claro que la hermana del accionante en virtud del principio de solidaridad tiene el deber de recorrer y prestar ayuda a sus progenitores lo que hace que el traslado no revista la contundencia y gravedad necesarias para habilitar la «intervención inmediata del juez constitucional para efectos de evitar la consumación del perjuicio».

Sobre el caso similar en el cual concedieron la protección invocada, de acuerdo con los principios de autonomía e independencia de que trata el artículo 228 de la constitución, las autoridades judiciales poseen un amplio margen de apreciación en sus decisiones, razón por la que sus providencias no tienen incidencia de fuerza vinculante y tampoco constituye trato discriminatorio.

Por último, frente a las garantías fundamentales al debido proceso y trabajo «en condiciones dignas y justas» no obran en el expediente medios de convicción que sustenten tales afirmaciones.³

LA IMPUGNACIÓN

El 5 de agosto de 2019, Fabio Augusto Cabrera Rubiano interpuso recurso de impugnación, censurando que el fallo de tutela de primera instancia carece de fundamento, pues se apreciaron indebidamente las pruebas aportadas y no existió un pronunciamiento concreto sobre los derechos fundamentales presuntamente vulnerados; específicamente no se tuvo en cuenta el pronunciamiento de su progenitora, su estado de salud y el impacto del traslado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver el recurso de impugnación interpuesto por Fabio Augusto Cabrera Rubiano contra el fallo de tutela de primera instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.

Al respecto, el problema jurídico que convoca a la Sala consiste en establecer si en relación con las Resoluciones No. 1-0043 del 06 de febrero de 2019 y No. 1-0093 del 22 de febrero de 2019, mediante las cuales se ordenó el traslado del accionante, dada su condición de empleado de la Fiscalía, se cumplen con los requisitos de procedibilidad de la acción de

tutela y, en consecuencia, debe revocarse el fallo de tutela de primera instancia y concederse el amparo concedido.

Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos que ordenan el traslado de servidores públicos. Reiteración de jurisprudencia.

Tal y como ha sido decantado por la Corte Constitucional en sentencias como la T-338 de 2013, esta Sala ha señalado en oportunidades anteriores que contra los actos administrativos mediante los cuales se determinan traslados en la Fiscalía General de la Nación, excepcionalmente la acción de tutela se torna procedente para controvertirlos cuando vulneran derechos fundamentales, siempre y cuando, se evidencie que «(i) las razones que llevaron a la decisión del traslado son ostensiblemente arbitrarias y no tuvieron en cuenta la situación particular del trabajador; (ii) el traslado afecta de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales de la parte actora o de su núcleo familiar; y/o (iii) el traslado desmejora las condiciones del empleado».4

En ese sentido, la Corte Constitucional ha destacado que cuando los empleados alegan que su traslado puede afectar los derechos de personas de su núcleo familiar que se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta, corresponde al empleador estudiar los efectos que podría causar el traslado en el tratamiento de la enfermedad que padece el familiar y, por consiguiente, en la protección a los derechos fundamentales de éste.

Análisis del caso concreto.

En el presente asunto, la Sala advierte que el movimiento de personal adoptado por el Vicefiscal General de la Nación en las resoluciones que se cuestionan, tienen la virtualidad de vulnerar o amenazar los derechos fundamentales del funcionario y de su entorno familiar, pues si bien se alegan necesidades del servicio, no se realizó un análisis de la proporcionalidad o razonabilidad de la decisión frente a los derechos de sus progenitores, quienes son adultos mayores y se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, que

les permita tener condiciones de vida digna, con lo cual se afectó ese derecho fundamental, el de la salud y al debido proceso.

En efecto, la Resolución 1-0093 del 22 de febrero de 2019 por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición se analizó la situación específica del accionante indicando lo siguiente:

1. Respecto de la motivación de la expedición de la Resolución No. 1-0046 del 06 de febrero de 2019, expuso la Entidad, que está se expidió en uso de las facultades legales con que cuenta la Fiscalía General de la Nación para modificar las condiciones de prestación del servicio, por parte de la planta global de empleados a su cargo.

2. En relación con las condiciones familiares del accionante, precisó que no se presentaba una situación insuperable, pues si bien existía un desplazamiento geográfico, no se descartaba la posibilidad de realizar visitas periódicas por parte del accionante.

Así mismo indicó que el accionante trabajó en el municipio de Villavicencio en el Departamento del Meta durante el período de 2009 a 2014 sin que expresara reparo alguno sobre sus condiciones familiares.

En relación con el estado de salud del ciudadano Fabio Cabrera Quintero, quien es padre del accionante y padece Alzheimer, se argumentó que quien asistía a sus citas y controles era la señora Martha Rubiano, por lo cual el recurrente no podía afirmar que su cuidado estuviera a su cargo.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que el núcleo familiar estaba conformado por la hermana del accionante, esta también tenía el deber solidario de asumir el cuidado de sus progenitores.

3. Acerca del desempeño laboral, si bien el servidor ha cumplido con sus deberes y tiene una calificación del 95% junto con felicitaciones y reconocimientos, dicha circunstancia no implica una limitante en las facultades legales y constitucionales de la Fiscalía General de la Nación para realizar traslados.

En contraposición, en la presente acción de tutela fue aportada copia de la historia clínica de Fabio Cabrera Quintero, en la cual obra que el accionante tiene 74 años, sufre de Alzheimer y otras afecciones, por lo que debe estar permanente acompañado.

Esta situación ha derivado en que su cónyuge, la ciudadana Martha Elvira Rubiano Rodríguez, quien tiene 69 años y es la cuidadora principal, también haya presentado deterioros en su salud y deba contar con mayor apoyo de su núcleo familiar, el cual está integrado por el accionante, su hermana y la hija de esta.

También se observa que el accionante y su núcleo familiar viven juntos, por lo que hay elementos de juicio para considerar que entre los miembros de esta familia hay plena solidaridad y que todos contribuyen en el proceso de tratamiento de la enfermedad de Fabio Cabrera Quintero, como lo reconoció la progenitora del accionante.⁵

De manera que el acto administrativo se encuentra motivado de manera insuficiente, respecto de la situación de los derechos de los ciudadanos Martha Rubiano y Fabio Cabrera Quintero, razón por la cual la decisión adoptada se torna arbitraria.

Sumado a lo anterior, la Sala no puede pasar por alto que la falta de análisis integral por

parte de la Fiscalía General de la Nación de la situación de la madre del accionante, puede derivar en la prolongación del estereotipo tradicional,⁶ según el cual la mujer solo tiene una vocación de madre y cuidadora, pues al disponer el traslado del accionante a otra ciudad, a pesar de que este informó que participa activamente en el cuidado de sus progenitores y que su única hermana es además madre cabeza de familia, reduce el proyecto de vida de la madre del accionante a ser la cuidadora principal de su cónyuge, de la hermana del accionante a ser la cuidadora de la cuidadora, y sugiere que al accionante le está permitido exonerarse de sus obligaciones familiares.

Así las cosas, la decisión de la Fiscalía General de la Nación de trasladar a Fabio Augusto Cabrera Rubiano al departamento de la Guajira, representa una afectación de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud de su núcleo familiar.

Como lo indicó el juez de tutela de primera instancia, si bien el accionante cuenta con la facultad de acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y solicitar, en ese escenario, como medida cautelar, la suspensión provisional del acto demandado, lo cierto es que en este caso tal debate puede hacer nugatorio la protección del derecho fundamental al debido proceso de Fabio Augusto Cabrera Rubiano y los derechos fundamentales de su entorno familiar, pues Fabio Cabrera Quintero sufre de una enfermedad degenerativa y por tanto, la afectación en su dinámica familiar puede afectar su proceso de recuperación y tratamiento.

Resulta importante indicar que el traslado dispuesto es a un departamento diferente al que actualmente reside el accionante, el cual se encuentra a una distancia mayor a 1.000 kilómetros, por lo cual los recorridos que deberá ejecutar el accionante para acompañar a su familia implican un sacrificio extremo que en la práctica llevarán a mermar de forma sustancial el apoyo que presta a sus padres dentro del núcleo familiar.

Por estos motivos, dado que se evidencia que los actos administrativos se emitieron sin un

análisis de la proporcionalidad o razonabilidad respecto de la situación del accionante, debe revocarse el fallo impugnado por las razones expuestas en el presente proveído y concederse el amparo invocado.

En consecuencia, siguiendo los parámetros establecidos por la Corte Constitucional mediante la sentencia T-338 de 2013, en la que se estudió un caso con correspondencia fáctica y jurídica al presente, la Sala revocará el fallo de tutela de primera instancia y en su lugar concederé el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la vida en condiciones dignas y a la salud.

Así, se dejarán sin efectos las Resoluciones No. 1-0043 del 06 de febrero de 2019 y No. 1-0093 del 22 de febrero de 2019, en lo que concierne al traslado de Fabio Augusto Cabrera Rubiano a la Dirección del Cuerpo Técnico de Investigación Seccional La Guajira; y se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que disponga el traslado del accionante al cargo este que se encontraba desempeñando en Bogotá D.C. al momento de su traslado o a uno equivalente dentro de la planta de personal de la Entidad en la misma ciudad.

Si el Fiscal General de la Nación considera que persisten las condiciones de necesidad del servicio, y que por lo tanto requiere realizar el traslado del accionante, deberá expedir una nueva resolución en la cual, además de motivar el acto con base en la necesidad del servicio, realice un análisis de la proporcionalidad o razonabilidad de dicha decisión respecto de los derechos fundamentales de Fabio Augusto Cabrera Rubiano y de su núcleo familiar, específicamente los de sus padres.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA N° 1, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. REVOCAR el fallo de tutela impugnado y en su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la vida en condiciones dignas y a la salud, por las razones anotadas en precedencia.

2. En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS las Resoluciones No. 1-0043 del 06 de febrero de 2019 y No. 1-0093 del 22 de febrero de 2019 proferidas por la Fiscalía General de la Nación, en lo que concierne al traslado de Fabio Augusto Cabrera Rubiano a la Dirección del Cuerpo Técnico de Investigación Seccional La Guajira.

3. ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación que disponga el traslado del Fabio Augusto Cabrera Rubiano al cargo que se encontraba desempeñando en Bogotá D.C. al momento de su traslado o a uno equivalente dentro de la planta de personal de la Entidad en la misma ciudad.

Si el Fiscal General de la Nación considera que persisten las condiciones de necesidad del servicio, y que por lo tanto requiere realizar el traslado del accionante, deberá expedir una nueva resolución en la cual, además de motivar el acto con base en la necesidad del servicio, realice un análisis de la proporcionalidad o razonabilidad de dicha decisión respecto de los derechos fundamentales de Fabio Augusto Cabrera Rubiano y de su núcleo familiar, específicamente los de sus padres.

4. NOTIFICAR a los sujetos procesales el presente fallo, por el medio más expedito.

5. Enviar la presente actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término indicado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folios 100 a 102, cuaderno 1.

2 Folios 283 a 297, cuaderno 1.

3 Folios 100 a 102, cuaderno 1.

4 Cfr. CSJ SCP STP10423-2019, 13 jul 2013, rad. 105465.

5 Folio 2, cuaderno 3.

6 Cfr. CSJ SCC STC5357-2017, 19 abr 2017, Rad. 2017-00072-01; CC T-587 de 2017 y SU-096 de 2018.