

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP1532-2020

Radicación n.º 108950

(Aprobación Acta No. 037)

Bogotá. D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil veinte (2020).

VISTOS

Decide la Sala el recurso de impugnación interpuesto por Víctor Hugo Palechor Palechor, contra el fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el 16 de diciembre de 2019, que declaró improcedente el amparo invocado contra la Fiscalía General de la Nación y la Dirección Seccional de Fiscalías del Cauca.

La Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, fue vinculada como tercero con interés legítimo en el asunto.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron recogidos en la decisión de primera instancia en los siguientes términos:1

El accionante VICTOR HUGO PALECHOR PALECHOR, en calidad de Fiscal 004 Delegado ante los Jueces Penales del circuito de Santander de Quilichao, impetrar acción de tutela en contra del Director Seccional de Fiscalías del Cauca, buscando dejar efectos la Resolución No. 0875 del 18 de noviembre de 2019, mediante la cual se le reubica a la Fiscalía 01 Seccional de Guapi, Cauca.

Como sustento de su pretensión aduce que ingreso a la Fiscalía General de la Nación desde el 01 de marzo de 2010 en virtud de concurso de méritos convocado en el año 2007, como Fiscal Local en periodo de prueba y desde el 30 de junio de 2010 asumió el cargo de Fiscal Seccional delegados ante los Jueces Penales del Circuito, siendo inscrito en el Registro Único de Inscripción de Carrera el 14 de abril de 2011.

Menciona que en el desarrollo de sus funciones a ejercer como Fiscal Local en Bolívar Cauca y como Seccional en Santander de Quilichao y Silvia, Cauca.

De la situación personal destaca que cuenta con 51 años, pertenece a la etnia Yanacona, con domicilio principal en la ciudad de Popayán, padre de dos hijos, el primero de ellos con 20 años de edad, estudiante de derecho en la Universidad San Buenaventura de Cali, y la menor con 11 meses de edad, quien está a cargo principalmente de su progenitora, compartiendo la crianza, el afecto y sostenimiento.

Señala que la Resolución de traslado, no admite recurso alguno y contiene una decisión abiertamente arbitraria, unilateral, intempestiva, que no consultó su situación particular y que afecta de los siguientes derechos fundamentales:

* Debido proceso, debido a que se le traslada al sitio más alejado del Departamento del Cauca, donde el único medio de ingreso es a través de vía aérea o marítima, generando gastos económicos por el desplazamiento e imposibilitando

visitar a su familia. Aduce que, si bien el acto administrativo invoca como casual del traslado la necesidad del servicio, tal mención no contiene una justificación real de la decisión que afecta sus intereses y que constituye una verdadera sanción, violando los derechos de carrera, al privilegiar la provisionalidad y desmejorarle las condiciones laborales.

* Derecho a la igualdad y no discriminación, ello por cuanto desde que ingresó a trabajar en la Fiscalía en el año 2010, expuso la necesidad de acercamiento al domicilio residencial porque ostentaba la condición de padre cabeza de familia, a pesar de ello fue trasladado de Silvia a Santander de Quilichao y ahora a Guapi, sin atender las diferentes solicitudes elevadas con ese fin, bajo el pretexto de ausencia de plazas. Señala que existen otros fiscales a quienes se les aceptó los traslados con argumentos inverosímiles, en su perjuicio y tiene conocimiento que por el concurso de méritos quedaron varias plazas vacantes, las cuales fueron ocupadas por personal en provisionalidad o encargos.

Señala que, al ser el único fiscal en Colombia identificado inscrito como indígena, siente que el Director de la Fiscalía no lo ve con buenos ojos, puesto que a pesar de conocer su condición cultural y personal no es tenido en cuenta en el desarrollo de las diferentes actividades que en el marco de aplicación real de la justicia ordinaria e indígena lleva a cabo la institución, dando prevalencia a la participación de funcionarios que no ostentan tal calidad.

- Derechos de los niños: Dado que con ocasión del traslado a la ciudad de Guapi se verá forzado a distanciarse de su hija menor de 11 meses de edad que apenas empieza a descubrir el mundo y con quien comparte calidad de tiempo los fines de semana.
- Derecho a la familia y a conservar la unidad familiar: garantía que considera lesionada

en la medida que su núcleo familiar se privará de su presencia y colaboración en todos los aspectos relacionados con la crianza, al igual que su hijo de 20 años quien también depende económica y emocionalmente de él.

- Derecho a la Salud: por cuanto no podrá efectuar las terapias indicadas por el fisioterapeuta particular para tratar el SMF Lumbar - Lumbalgia diagnosticada desde el 2015. (Textual).

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán mediante decisión adoptada el 16 de diciembre de 2019 declaró improcedente el amparo invocado, debido a que no pudo evidenciar vulneración de los derechos fundamentales del accionante que amerite la intervención del juez constitucional.

Consideró que a través de la Resolución No. 0875 del 18 de noviembre de 2019, mediante la cual se lo reubicó de la Fiscalía Cuarta Seccional de Santander de Quilichao a la Fiscalía Seccional de Guapi, Cuaca, obedece a criterios objetivos de necesidad del servicio, procurando con la reubicación mejorar las condiciones laborales del accionante, además que la fiscalía a la cual fue trasladado cuenta con la mitad de procesos que la que tenía a cargo.

En ese mismo sentido el Juez de primera instancia arguyó que, la decisión de la Fiscalía no significa una desmejora en las condiciones laborales del accionante que amerite la protección por vía de tutela, además que el trabajo en entidades de planta global y flexible supone una alta probabilidad de que sean adoptadas medidas como las de traslados.

En este sentido, el Tribunal también indicó que no se van a afectar los derechos fundamentales del menor L.V.B.P., toda vez esta al cuidado de Yamiled Valencia Yondapiz, madre de la menor, quien se encarga de su cuidado, además que ninguno de sus familiares

de primer grado presentan condiciones de salud, discapacidad otra clase de circunstancias que haga necesaria e indispensable la presencia del tutelante en la ciudad que actualmente reside.

Finalmente frente a la patologías que afectan la salud de Víctor Hugo Palechor Palechor, no se aportó pruebas suficiente de prescripción de tratamientos especializados o la necesidad de estar cerca un hospital o centro médico de alta complejidad para el manejo de sus dolencias.²

LA IMPUGNACIÓN

El 14 de enero de 2020, el accionante interpuso recurso de impugnación, alega que el Tribunal en su condición de primera instancia no realizó una adecuada valoración de su caso particular, por tanto solicita que se revoque el fallo de tutela de primera instancia, se amparen los Derechos fundamentales invocados y por ende dejar sin efecto la resolución No. 0875 del 18 de Noviembre de 2019.

Reprochó que el Juez de primera instancia se limitó a consignar los aspectos defensivos de la entidad accionada, y se vulneró sus derechos fundamentales sin realizar un análisis profundo del caso en concreto, pues no se evaluó los medios probatorios aportados, su circunstancia personal y la de su núcleo familiar.

Pide que se tenga en cuenta la Jurisprudencia constitucional donde se materialice el enfoque diferencial por razones de pertenecer a una minoría étnica y cultural, así mismo los de género referente a los derechos fundamentales de su hija menor, la progenitora y su madre, igualmente solicita que se analice su posición de inferioridad o subordinación jurídica como accionante frente a la Institución como es la Fiscalía.

Pone en conocimiento una posible causa por la cual se hizo su traslado la cual no fue de conocimiento del Juez de primera instancia y pide que se tenga en cuenta las razones

fácticas jurídicas y probatorias que esgrimió en escrito de Tutela.³

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 Víctor Hugo Palechor Palechor contra la decisión proferida el 16 de diciembre de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

Al respecto, el problema jurídico que convoca a la Sala consiste en establecer si contra la resolución No. 0875 del 18 de Noviembre de 2019, mediante la cual se ordenó el traslado del accionante, en su condición de empleado de la Fiscalía General de la Nación, se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos y, en consecuencia, debe revocarse el fallo de tutela de primera instancia y concederse el amparo invocado.

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 el presente caso, la Sala no advierte que los movimientos de personal adoptados por la

autoridad accionada mediante la resolución que se cuestiona, tengan la virtualidad de vulnerar o amenazar los derechos fundamentales de Víctor Hugo Palechor Palechor ni los de su entorno familiar, ya que obedecieron a la demanda del servicio y, en todo caso, fueron respetadas sus garantías mínimas, pues conservó su cargo y salario. Por consiguiente, puede seguir cotizando en igual proporción al Sistema de Seguridad Social en pensión.

Respecto de la motivación de la expedición de la Resolución No. 0875 del 18 de noviembre 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.

En este sentido, el acto administrativo se encuentra motivado de manera suficiente, expresándole al accionante la posición de la Entidad frente a sus pretensiones, sin que se evidencie que la decisión haya sido adoptada de forma arbitraria.

Conforme lo advirtió el Tribunal de instancia, el accionante Víctor Hugo Palechor Palechor 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, la cual deberá resolverse por parte del funcionario competente en un lapso expedito de 15 días, de acuerdo a las previsiones de la Ley 1437 de 2011 (artículos 232 y siguientes), incluso, inmediatamente, si el juez administrativo considera que la situación de urgencia así lo amerita.⁵

Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia T-094 de 2013, puntualizó:

En el caso específico de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular, se ha predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Ello, por cuanto el interesado puede ejercer las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, como medida preventiva solicitar dentro de

ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión.

La existencia de un medio de defensa judicial mediante el cual pueden exponerse las inconformidades que se han puesto de presente, en efecto, torna improcedente la solicitud de tutela (numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991), especialmente porque no está acreditada, ni lo vislumbra la Sala, una evidente situación de perjuicio irremediable que haga forzosa la intervención transitoria del juez constitucional.

Ahora bien, no puede la Sala olvidar la facultad especial con que cuenta la Fiscalía General de la Nación para modificar las condiciones de modo, lugar, cantidad o tiempo en que sus funcionarios prestan sus servicios personales y profesionales.

Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al determinar que dicha entidad cuenta con una planta de carácter global y flexible que facilita los movimientos de personal con miras a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y optimizar la prestación del servicio. Potestad que en sí misma no vulnera los derechos fundamentales de los empleados, como parece entenderlo la demandante.

En otras palabras, quienes se encuentran vinculados a entidades públicas con planta global tienen una menor estabilidad territorial, pues existen motivos de interés general, como aumentar la eficiencia de la administración de justicia, que justifican un tratamiento diferente.6.

Ahora bien, respecto a la existencia de un perjuicio irremediable, al momento de revisar las pruebas allegadas no se puede evidenciar que se cumplan los requisitos establecidos para ello.

Considera la Sala que aunque el accionante afirme que el traslado constituye una vulneración a su derecho fundamental al mínimo vital, no se cumplen con los supuestos para que se configure un perjuicio irremediable que haga necesaria la intervención del juez

constitucional.

De esta manera, si bien Víctor Hugo Palechor Palechor afirma que deberá incurrir en nuevos gastos, lo cual afecta su subsistencia, ésta corresponde a una carga que conocía desde que comenzó a ejercer su cargo, pues el empleo hace parte de una planta global y puede ser asignado a otra dependencia territorial; en este sentido, condicionar un traslado a la condición económica del respectivo empleado, hace prácticamente nula la posibilidad legal de la Entidad de realizar movimientos en su planta global, pues dependería exclusivamente de la voluntad del trabajador desvirtuando la facultad de los Variandi del empleador.

Por estos motivos, dado que no se evidencia que el acto administrativo haya sido proferido de forma abiertamente arbitraria o contraria a las normas vigentes, no hay elementos de juicio para considerar que el accionante se encuentra ante un perjuicio irremediable, por lo cual debe confirmarse el fallo impugnado por las razones expuestas en el presente proveído.

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. CONFIRMAR el fallo de tutela impugnado, por las razones anotadas en precedencia.
2. NOTIFICAR a los sujetos procesales el presente fallo, por el medio más expedito.

3. 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 55 Vto. a 56, cuaderno 2.

2 Folios 255 a 266, cuaderno 2.

3 Folio 279 a 301, cuaderno 2.

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

5 «Artículo 234. Medidas cautelares de urgencia. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que, por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar».

6 CC T-468 de 2002.