

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado ponente

STP2048-2020

Radicación n° 108929

Acta n.º 41

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020).

I. VISTOS

Decide la Sala la impugnación presentada por Y. V. Y. en representación de su hija XXX1, contra el fallo proferido el 16 de diciembre de 2019, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, el cual declaró improcedente la acción de tutela interpuesta en protección de los derechos fundamentales a la «unidad familiar» y de los niños, presuntamente vulnerados por la Dirección Seccional de Fiscalías del Cauca.

II. HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Los sucesos que motivaron la solicitud de amparo constitucional, fueron reseñados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, de la forma como sigue:

Aduce la señora Y. V. Y., quien actúa en representación de su hija menor XXX de 11 meses de edad, que su compañero permanente y padre de la menor está vinculado a la Fiscalía General de la Nación desde el mes de marzo de 2010, desempeñando el cargo de Fiscal en diferentes poblaciones tales como Bolívar, Silvia y Santander de Quilichao, Cauca.

Manifiesta que tiene conocimiento que mediante Resolución No. 0875 del 18 de noviembre de 2019, el señor VICTOR HUGO PALECHOR PALECHOR fue trasladado de Santander de Quilichao a Guapi, decisión que no solo le afecta los derechos como persona y empleado sino que también vulnera derechos fundamentales a su hija, dado que la decisión la va a alejar de su padre, privándola de recibir el cuidado, acompañamiento afecto, enseñanzas y demás atenciones que le proporciona su progenitor.

Señala que el traslado a Guapi, Cauca, del padre de la menor representada cercena la construcción de lazos familiares entre padre e hija, y por contera la unidad familiar y el derecho tener una familia. Argumenta que Guapi está muy lejos del domicilio ubicado en la ciudad de Popayán, lo que les impide compartir los fines de semana como lo viene haciendo.

Da a conocer que el núcleo familia está conformado por el hermano mayor que es estudiante universitario en la ciudad de Cali, el padre de la menor Víctor Hugo Palechor, la libelista y a la decisión de traslado afecta a toda la familia, inclusive a la progenitora del funcionario judicial, que es de la tercera edad.

Solicita como pretensión dejar sin efecto la Resolución No. 0875 del 18 de noviembre de 2019 y en su lugar ordenar a la Director seccional de Fiscalías efectuar el traslado del señor VICTOR HUGO PALECHOR PALECHOR a una Fiscalía Seccional de la Ciudad de Popayán.

III. DEL FALLO RECURRIDO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán declaró improcedente la presente reclamación constitucional por falta del requisito de la subsidiariedad, al existir mecanismos de defensa judicial ordinarios que el padre de la menor puede utilizar para resolver su inconformismo, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, donde resaltó, cuenta con la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares.

Agregó, que no advirtió la configuración de un perjuicio irremediable que autorice a acceder transitoriamente al auxilio, ya que no se probó de qué manera la infante queda en estado de desprotección en cuanto a su alimentación, cuidado y salud, los cuales pueden ser satisfechos por su progenitora y demás miembros de la familia.

IV. DE LA IMPUGNACIÓN

La gestora constitucional reiteró los argumentos que nutrieron el libelo introductorio y enfatizó en la afectación de los derechos de la niña, específicamente indicó que con ocasión del acto de traslado, aquélla quedará desprovista de la presencia de su padre en una etapa vital de su crecimiento, además de que a ella como madre le tocaría asumir en soledad las funciones que el progenitor ejercía, tales como el traslado a citas médicas, controles de salud, paseos y actividades cotidianas.

Además de ello, explicó que como familia tienen un vínculo cultural con el resguardo indígena Avirama del Municipio de Páez Belalcazar, y que si bien tienen domicilio en Popayán, ello obedece a razones laborales, pero que, cada dos meses se desplazan a la comunidad de origen a desarrollar su cosmovisión y acción cultural.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para conocer la impugnación presentada contra el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, cuyo superior funcional lo es esta Corporación.

El problema jurídico propuesto en este asunto, corresponde a resolver la impugnación presentada por Y. V. Y. en representación de su hija XXX, contra el fallo proferido el 16 de diciembre de 2019, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, el cual declaró improcedente la acción de tutela interpuesta en protección de los derechos fundamentales a

la «unidad familiar» y de los niños, presuntamente vulnerados por la Dirección Seccional de Fiscalías del Cauca.

La actora cuestiona la resolución de traslado número 0848 de 18 de noviembre de ese año, emitida por entidad accionada, por medio del cual trasladaron a su compañero permanente y padre de la niña en mención, quien se desempeñaba como Fiscal Seccional de Santander del Quilichao, a la Fiscalía Primera Seccional de Guapi.

Sobre la existencia de otra vía judicial para cuestionar el traslado y las circunstancias excepcionales que habilitan la intervención del juez constitucional.

Sobre ese particular, 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. De ahí que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para cuestionar las decisiones de entidades públicas relacionadas con el traslado de sus funcionarios, puesto que se trata de actos administrativos susceptibles de ser controvertidos ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Sin embargo, de manera excepcional (STP15858-2018), cuando el juez evidencie que la decisión fue adoptada de forma arbitraria y que ello además, amenaza o viola los derechos fundamentales del destinatario de la medida, debe intervenir para analizar la corrección de la orden de traslado. Así, la jurisprudencia constitucional ha venido fijando ciertas reglas que indican en qué casos se cumplen dichas situaciones, concretamente, cuando:

(...) el traslado (i) le genere al trabajador serios problemas de salud; (ii) ponga en peligro su vida o integridad o las de su familia; (iii) incida gravemente en el estado de salud de familiares que dependan de él; o (iv) se rompa de manera definitiva el núcleo familiar, siempre que no suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o circunstancias superables³.

En cada asunto le corresponderá al interesado acreditar la ocurrencia de alguno de estos supuestos.

Caso concreto

En el sub lite, la presente tutela no tiene vocación de prosperidad si se tiene en cuenta que existe otro medio de defensa judicial para refutar el acto administrativo emitido por la autoridad tutelada, como lo es, la posibilidad que tiene Víctor Hugo Palechor Palechor, de acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ante quien puede exponer los argumentos de carácter legal y constitucional que avalen el interés de la familia en cuestionar la decisión de traslado; 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 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 irremediable, el cual no se vislumbra en

este asunto.

Es así como la autoridad llamada a solucionar el problema planteado por la gestora es el juez de lo contencioso administrativo, quien previa demanda de legitimado para ello, podrá decretar la nulidad de la resolución en la que ordenó el traslado en mención y así restablecer el derecho; con la posibilidad de solicitar, además, como medida cautelar, la suspensión del mismo, actuación regulada en el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 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.

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.

Pero además, tampoco se configuran los requisitos que viabilizan la intervención del juez constitucional en asuntos de esta índole. Ello es así, pues la resolución 0875 de noviembre 18 de 2019, se fundó en necesidades del servicio; el municipio al cual fue dirigido el padre de la menor no supone un quebrantamiento absoluto de la relación familiar, pues cuenta con vías de acceso a los cuales pueden acudir los interesados en preservarla, tal como lo venía haciendo el progenitor desde Santander de Quilichao.

Lo anterior significa que el distanciamiento no es un tema insuperable, hasta el punto que pueden mantener la tendencia bimensual de acudir a la comunidad de origen y demás actividades que realizaban, solo que, con un esfuerzo adicional al que venían ejerciendo.

Adicionalmente, no se materializa una afectación a los derechos de la salud y tampoco se

trata de caso de aquellos en que el acto de traslado represente un peligro para la vida de los implicados.

Por ello, ante la existencia de otro medio de defensa judicial, aunado a la ausencia de aquellas circunstancias que, excepcionalmente, posibilitan la intervención constitucional, se impone la confirmación del fallo de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Decisión Penal de Tutelas No 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado.

SEGUNDO: Ordenar a la Relatoría de Tutelas de la Corporación la anonimización de los nombres de los menores involucrados en este asunto.

TERCERO: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Se dispondrá que por relatoría que efectúe la anonimización, conforme lo establecido en la Circular nº 004 de 2016, proferida por el Presidente de la Sala de

Casación Penal y la Directiva n° 023 de 2017, expedida por la Sala de Casación Penal en sesión de 9 de agosto de 2017

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 T-325 de 2010

4 Nuevo Código Contencioso Administrativo.