

REPUBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO ONCE PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE
CONOCIMIENTO
SANTIAGO DE CALI, VALLE DEL CAUCA**

**SENTENCIA DE TUTELA No. 31
Primera Instancia
Radicación No. 2021-00030-00**

Santiago de Cali, Veintiuno (21) de Abril de Dos Mil Veintiuno (2021)

OBJETO DE LA DECISION

Procede este Despacho, a decidir sobre la acción de tutela propuesta por la doctora **ANA VICTORIA NIETO SALAZAR**, a través de representante judicial, contra la **DIRECCION EJECUTIVA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales del niño, a la educación, integridad, familia, trabajo, mínimo vital, dignidad humana y salud.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La doctora ANA VICTORIA NIETO SALAZAR, a través de apoderado, el doctor HERNANDO MORALES PLAZA, interpone acción de tutela contra la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, con el fin de obtener protección a los derechos fundamentales del niño, a la educación, integridad, familia, trabajo, mínimo vital, dignidad humana y salud, presuntamente vulnerados por la entidad demandada por los hechos que se resumen así:

La doctora ANA VICTORIA NIETO SALAZAR, está vinculada al servicio de la Rama Judicial desde hace aproximadamente 27 años ininterrumpidos, tiempo durante el cual ha desempeñado varios cargos y actualmente labora como Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Cali.

La accionante es madre de Juan Diego Guevara Nieto, quien tiene 10 años de edad; que para enero de 2020 la accionante y su cónyuge iniciaron trámite de divorcio, de común acuerdo, decidiendo que la custodia y cuidado personal del menor recaería en cabeza de la progenitora; que el padre del menor por razones de salud se trasladó a la ciudad de Popayán, Cauca, lo que no le permite ejercer plenamente sus obligaciones paternas, por lo tanto es la accionante quien ostenta la calidad de madre cabeza de familia.

La Dirección Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación, a través de Resolución Nro.0000674 del 15 de febrero de 2021 ordenó la reubicación laboral de la doctora ANA VICTORIA NIETO SALAZAR de la Dirección Seccional Cali a la Dirección Seccional de Fiscalías de Arauca, sin que en el referido acto administrativo se evidencie un análisis de las circunstancias personales que rodean a la gestora de esta acción tutelar, como tampoco las posibles consecuencias y afectaciones que con motivo de su traslado, podrían derivarse en un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta el certificado psicológico de su menor hijo, que aporta al presente trámite, en el que se consigna que el menor asiste a terapia psicológica desde el año 2016 y que actualmente presenta *“temor al abandono y dificultad para elaborar proceso de separación, exacerbando relación de dependencia con la madre por los temores que está presentando; no quiere dormir solo y ha tenido que esforzarse por cumplir sus responsabilidades escolares”*, razones por las cuales la accionante debe brindarle constante apoyo en su formación personal, emocional y escolar.

Refiere además que, el menor estudia en el Colegio Berchmans en calendario B¹, desde los cuatro años de edad, en donde ha creado lazos de confianza en su entorno estudiantil, además que, en el plantel de alta calidad académica donde estudia asiste a tratamiento terapéutico psicológico por sus diferentes traumas, practica deporte, que podrían verse afectados con el traslado de su progenitora, más teniendo en cuenta que mediante circular del 16 de marzo de 2021 la institución educativa informa a los padres de familia los ajustes y orientaciones del modelo de alternancia que se iniciaría el día 5 de abril de hasta el 22 de junio de 2021, lo que afectaría la educación del menor hijo de la accionante porque ya no podría asistir de manera presencial, encontrándose ad portas de culminar el año lectivo.

Manifiesta que contra el acto administrativo de traslado fue presentado recurso de reposición, que fue resuelto negativamente a través de resolución No.0000674 del 15 de febrero de 2021, en la que se argumenta que la actuación administrativa se encuentra plenamente ajustada al ordenamiento jurídico y que no tiene la aptitud de afectar los derechos de la funcionaria, muy a pesar que se argumentó la situación familiar de ésta y que su traslado a la referida seccional pondrían en grave peligro la vida e integridad personal de ella y la de su familia, no sólo por las condiciones de orden público que afectan la ciudad a donde se dispuso su traslado, sino también porque a su cargo estuvo la noticia criminal con número de SPOA 760016000193201621847, adelantada por la conducta punible de Secuestro Extorsivo y como resultado de ello se desarticuló una estructura criminal que se encontraba integrada por varios funcionarios de la Policía Nacional, entre ellos JUAN DAVID RENGIFO y YESID DIAZ, integrante del Bloque Oriente del Frente 26 del grupo guerrillero FARC, quien se encuentra actualmente cobijado

¹ Que corresponde al período académico de agosto de 2020 a junio de 2021

con medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria que cumple en el municipio de Acacias-Meta.

Se consigna así mismo que al sustentarse el recurso dio a conocer que desde antes de ser notificada del traslado ordenado, la doctora NIETO SALAZAR tuvo conocimiento de ello a través de la información difundida por el periodista José Andrés González Gaitán, de Caracol Radio, quien el 15 de febrero de 2021 publicó bajo el título "*Remueven de sus cargos a fiscales de Cali investigados por corrupción*", afirmando que la accionante en asocio con el doctor Iván Aguirre, se encontraban al servicio del narcotraficante "Mueble Fino"; también puso en contexto a la Fiscalía de la situación personal y familiar de la accionante antes referida.

Que, en virtud de tal recurso, el 9 de marzo de 2021 se expide la Resolución Nro.0001030, mediante la cual al Fiscalía General de la Nación resuelve no reponer la decisión contenida en la Nro.0000674 del 15 de febrero de 2021, bajo los mismos argumentos expuestos en la recurrida.

No se desconoce del carácter subsidiario y excepcional de la acción tutela propuesta, lo que se hace teniendo en cuenta la urgencia que atañe a la misma, por cuanto el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para el cual le fue igualmente otorgado poder al profesional del derecho por parte de la demandante, se tardaría más de dos (2) años. Explica el trámite y el tiempo en que se llevaría a cabo la audiencia de conciliación extrajudicial -tres meses- y las etapas que deben surtir posterior a ello conforme lo establecen los artículos 171 a 182 de la Ley 1437 de 2011 -2 años y medio aproximadamente- y si bien es cierto se puede solicitar como medida cautelar la suspensión provisional del acto, también lo es que la misma se resolvería en un año aproximadamente, lapso demasiado extenso en el que se van a ver afectados los derechos fundamentales de la parte actora.

Se solicita medida provisional urgente, encaminada a la suspensión de los efectos de la Resolución Nro.0000674 del 15 de febrero de 2021, proferida por la Fiscalía General de la Nación.

Con la demanda fueron aportados al presente trámite:

1. Poder para actuar en nombre y representación de la doctora ANA VICTORIA NIETO SALAZAR
2. Registro civil de nacimiento del menor Juan Diego Guevara Nieto, hijo de la accionante

3. Declaraciones juramentadas de Claudia Rocío Sandoval; Alejandro Rabat Valencia y Diego Fernando Guevara Vargas
4. Constancia tratamiento terapéutico de Diego Fernando Guevara Vargas
5. Certificado tratamiento psicológico del menor Juan Diego Guevara Nieto
6. Certificado de matrícula del niño Juan Diego Guevara Nieto en el Colegio Berchmans, calendario B, año lectivo agosto de 2020 a junio de 2021
7. Carnet de Escuela de tenis de campo a nombre del menor Guevara Nieto
8. Resolución No.0000674 del 15 de febrero de 2021 suscrita por la doctora ASTRID TORCOROMA ROJAS SARMIENTO, como Directora Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación
9. Recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución
10. Acta de audiencia de legalización de captura, imposición de medida y formulación de imputación Nro.006 del 13 de febrero de 2018, realizada en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Puerto López, dentro del expediente radicado bajo el Nro.76001 60 00 193 2016 21847 00, a través de la cual se legalizó la captura del señor YESID DIAZ, en la que interviene el Fiscal 32 Seccional de Puerto López
11. Acta de audiencia de juicio oral del día 24 de enero de 2019 ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Cali, radicado 76001 60 00 000 2017 00534 00, adelantada entre otros contra YESID DIAZ; interviene la doctora ANA VICTORIA NIETO SALAZAR como Fiscal 19 Especializada Gaula Policía
12. Escrito de acusación del 22 de mayo de 2018, emitido dentro de la investigación SPOA 76001 60 00 193 2016 21847, contra YESID DIAZ, suscrito por la doctora NIETO SALAZAR como Fiscal 19 Especializada Gaula Policía
13. Comunicado a la opinión pública de la doctora NIETO SALAZAR
14. Resolución Nro.0001030 del 9 de marzo de 2021 que resuelve el recurso de reposición
15. Circular del Colegio Berchmans sobre ajustes y orientaciones del modelo de alternancia educativa
16. Printer de poder para instaurar solicitud de conciliación extrajudicial
17. Printer de poder para presentar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho
18. Copia de sentencia de tutela emitida el 5 de marzo de 2021 por el Tribunal Superior de Barranquilla – Sala de Decisión laboral, Rad.08-001-31-05-0132021-00005-01

La presente demanda tutelar fue repartida inicialmente al Juzgado 10 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Santiago de Cali, cuya titular doctora MARIA CECILIA VALENZUELA RODRIGUEZ, mediante auto del 6 de abril de 2021 se declaró impedida para conocer de la misma, atendiendo la causal contenida en el numeral 15 del artículo

56 de la Ley 906 de 2004, disponiendo la remisión del asunto a esta dependencia judicial, que a través de auto de trámite No.113 del 7 de abril de 2021, declaró fundado el impedimento, avocó el conocimiento de la acción pública, admitió la demanda de tutela, ordenó su notificación y traslado y accedió a la medida provisional solicitada, ordenando a la entidad accionada la inmediata suspensión de los efectos de la Resolución Nro.000674 del 15 de febrero de 2015, hasta tanto este Despacho se pronunciara de fondo respecto a la solicitud de protección tutelar.

La entidad demandada informa que a través Resolución Nro.0001526 del 8 de abril de 2021, de la que anexa copia, dio cumplimiento a lo ordenado por el Despacho respecto a la medida provisional decretada.

El representante judicial de la accionante presenta escrito adicionando la demanda de tutela presentada, dando a conocer sentencia proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bucaramanga, Santander, dentro del trámite tutelar Nro.2021-00015-00, indicando que en un caso similar al que es objeto de estudio por esta judicatura se protegieron los derechos de un servidor público de la Fiscalía General de la Nación, dejando sin efectos de manera transitoria el acto administrativo de traslado proferido por la entidad demandada, decisión de la que anexa copia.

Reitera que el amparo constitucional deprecado debe concederse teniendo en cuenta el quebrantado estado de salud del hijo menor de su poderdante podría también ser visto como una circunstancia especial que haría insoportable para la accionante cumplir con el traslado laboral ordenado, pues en su criterio ello afecta directamente al menor y vulnera sus derechos fundamentales a la salud, educación y niñez, pues ella se vería en la obligación de llevarse a su hijo, interrumpir su tratamiento psicológico, su proceso educativo, cortar con los lazos afectivos con sus compañeros de colegio e incluso generar traumas a corto, mediano y largo plazo por todas estas razones.

Agrega, debe tenerse en cuenta además que actualmente el niño está pasando por el proceso de separación de sus padres, tema que jamás dejará de ser difícil, incluso para una persona que ya se encuentra en edad de entender las decisiones de otros. Que si al menor se le llega a separar de su vida cotidiana (colegio, amigos, familiares, hogar), se profundizaría mucho más la situación de miedo a la separación y abandono que vive actualmente.

Que el llamado realizado al Juez Constitucional es a salvaguardar el derecho a la educación como derecho fundamental del menor de edad, Juan Diego Guevara Nieto, porque si bien él ha tenido la posibilidad

económica a través de sus padres de tener una excelente educación, ya que se encuentra estudiando en el Colegio Berchmans, un colegio privado que se ha caracterizado por su alto rendimiento educativo y su gran formación de seres humanos, por inculcar principios y valores para una mejor formación a nivel personal, así como una exigencia a nivel académico; esa posibilidad de continuar sus estudios en esa institución educativa de alto nivel, no puede ser erradicada por el Estado (Fiscalía), quien al contrario, debe garantizarla.

Adicional a ello, manifiesta, con el traslado de la Fiscalía que deberá surtirse de manera inmediata, tanto Ana Victoria como Juan Diego, deben irse a Arauca, y estarían obligados a interrumpir la formación educación académica y deportiva del menor, quien cursa calendario B y está a tres (3) meses de culminar su año lectivo, por lo que interrumpir la educación del menor lo afectaría gravemente e iniciar un nuevo proceso de adaptación tanto en el colegio como en alguna academia deportiva no es una opción actualmente para el menor, mucho menos cuando sus padres se están separando.

De este nuevo escrito se corrió traslado a la entidad demandada sin que se pronunciara al respecto.

IDENTIFICACION DE LA ACCIONANTE

Corresponde a la señora **ANA VICTORIA NIETO SALAZAR**, identificada con la C.C. Nro.31.999.107, quien actúa a través de apoderado, el Doctor HERNANDO MORALES PLAZA, identificado con C.C. Nro.16.662130 y portador de la T.P. Nro.68.063 D1 del C.S.J., con domicilio profesional en la Calle 19 N Nro.2N-29, oficina 2201B, Edificio La Torre de Cali, correo electrónico notificaciones@hmasociados.com.

IDENTIFICACION DE LA ACCIONADA

Corresponde a la **DIRECCION EJECUTIVA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, representada por la doctora ASTRID TORCOROMA ROJAS SARMIENTO, dependencia ubicada en la Avenida 24 Nro.52-01 Edificio Gustavo de Greiff, Piso 4º, Bogotá D. C., correo electrónico juridicanotificacionestutela@fiscalia.gov.co.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

La doctora ASTRID TORCOROMA ROJAS SARMIENTO, en su condición de Directora Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación, al

descorrer el traslado, se opone a las pretensiones elevadas en la demanda de tutela, al considerar que la entidad que representa no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante, además de que el mecanismo constitucional promovido no resulta idóneo para resolver la controversia planteada, al no existir un perjuicio irremediable y por existir la posibilidad de ventilar la cuestión ante el juez ordinario.

Frente a los hechos de la demanda indica que los identificados como **1, 4 y 5**, son ciertos de acuerdo con el extracto de hoja de vida de la accionante; respecto al buen desempeño laboral de ésta referido en demanda, afirma que las reubicaciones de los empleos no se realizan por el hecho de que un funcionario o empleado haya sido excelente o deficiente en el desempeño de sus funciones, sino que obedecen estrictamente a las necesidades del servicio que se presentan en una determinada área, a la facultad de la administración de efectuar movimientos de personal para una mejor prestación del servicio en todas las unidades y dependencias de la Fiscalía General de la Nación a nivel nacional.

Explica que la planta de la Fiscalía General de la Nación² es dinámica, global y flexible³, lo que permite un amplio margen de maniobrabilidad con el fin de atender las constantes necesidades del servicio, las cuales, en lo que respecta a los funcionarios que desempeñan cargos del área misional, tienen su origen en la fluctuación constante de las dinámicas del crimen y el cumplimiento de la misión constitucional de administración de justicia encomendada a la entidad, razones por las cuales se ha facultado al Fiscal General de la Nación o al funcionario que éste delegue, a ubicar el personal teniendo en cuenta la organización interna, las necesidades del servicio, los planes, las estrategias y políticas de la entidad, indica que la referida norma señala:

“La planta de personal adoptada para cada área será global y flexible e incluye los empleos creados en el Código de Extinción de Dominio. El Fiscal General de la Nación distribuirá los cargos de las plantas en cada una de las dependencias de la Fiscalía General de la Nación, mediante actos administrativos y ubicará el personal teniendo en cuenta la organización interna, las necesidades del servicio, los planes, las estrategias y los programas de la entidad”.

Del mismo modo, afirma, el numeral 22 del artículo 4º del Decreto Ley 016 de 2014, establece las situaciones administrativas de los servidores de la Fiscalía General de la Nación, dentro de las cuales se encuentran la reubicación de los empleos de la planta de personal de la entidad.

² En adelante FGN

³ Conforme a lo establecido en el artículo 2º del Decreto 018 de 2014

Por lo tanto, aduce, por disposición legal la Fiscalía General de la Nación puede realizar movimientos de personal por estrictas necesidades del servicio, máxime cuando los servidores al aceptar el cargo para el cual fueron nombrados tienen conocimiento de la facultad *ius variandi* de la entidad debido al carácter global y flexible de la planta de personal y que pueden ser reubicados en cualquier parte del territorio nacional de acuerdo a las necesidades del servicio, situación que no es ajena a la accionante pues al vincularse a la institución, se adquiere el deber de disponibilidad para prestar sus servicios en cualquier ciudad o municipio donde se tenga presencia institucional.

Señala así mismo que la reubicación realizada a través de la Resolución Nro.000674 del 15 de febrero de 2021, a la doctora ANA VICTORIA NIETO SALAZAR, se efectuó dentro de las facultades que la Ley le otorga a la Entidad, además, que los funcionarios de la FGN, desde la posesión de su cargo son conscientes del carácter global, el cual ha sido objeto de pronunciamiento por las diferentes autoridades judiciales, fijándose por las altas cortes, como postura mayoritaria, que los actos administrativos que se expiden relacionados con temas como el que ocupa la atención del Despacho, son susceptibles de control ante la jurisdicción contencioso-administrativa a través del medio de nulidad y restablecimiento del derecho, en donde incluso puede solicitarse la suspensión del acto administrativo demandado como medida cautelar; para sustentar su dicho cita y transcribe apartes de jurisprudencias del Consejo de Estado, de las Salas de Casación Penal y Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de algunos Tribunales del país⁴.

Refiere que en razón al carácter global y flexible que define la planta de personal de la institución, el manual específico de funciones de los cargos que la conforman determina que estos pertenecen a la dependencia *“donde se ubique el cargo”*; precisando además que, en este evento no se está ante cargas desproporcionadas para la accionante y que tampoco la decisión resulta arbitraria, como quiera que se tomó con base en la facultad discrecional que la Ley le da a la entidad para solventar las necesidades del servicio a nivel nacional, las cuales podrán tener fluctuación de acuerdo con el cambio constante en la criminalidad en todo el territorio nacional, con fundamento en ello en este caso específico se hizo a la Dirección Seccional de Arauca.

⁴ Entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección B, sentencia del 1º de febrero de 2018, Rad.68001-23-33-000-2017-01195-01; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 28 de febrero de 2019, Rad.102924; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Rad.25000-23-36-00-2016-00465-01(AC), que respecto al tema puesto en conocimiento del Juez Constitucional indico: ***“En ese orden de ideas, el traslado ordenado no impone cargas desproporcionadas e irrazonables sobre el accionante ni sus familiares, pues si bien supone reacomodar las condiciones de vida y cambiar la cotidianidad de sus actividades, ello no desborda el margen soportable de desequilibrio en la relación familiar, que es consecuencia lógica de la separación transitoria a la que deben someterse sus integrantes, a fin de atender compromisos laborales...”***; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, providencia del 7 de octubre de 2020, Rad. STL8401-2020 (90381); Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Sentencia del 17 de febrero de 2021, Rad. No. 11001.31.87.027.2021.00005.01

Agrega que contrario a lo aseverado por el apoderado judicial de la accionante, la Resolución No. 000674 del 15 de febrero de 2021 sí se encuentra motivada, pues no hace falta incluir *in extenso* en el acto administrativo páginas, pues solamente es necesario que se indique de manera concreta el motivo que lleva a la administración a adoptar esa específica decisión, como en el caso bajo estudio ocurrió -necesidad del servicio-; indica al respecto ha considerado el Consejo de Estado⁵ que:

*“(...) la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de la facultad discrecional, podía determinar la reubicación territorial del actor, con el fin de mejorar la prestación del servicio, sin que el ejercicio de dicha facultad implique una desmejora de sus condiciones laborales. **La Subsección advierte que la decisión se basó en razones del buen servicio, para la implementación de planes, programas y estrategias de la entidad en el cual se justifica el traslado... lo dicho es razón más que suficiente para ordenar un traslado, puesto que la intención es preservar el correcto funcionamiento de la entidad y garantizar la prestación de un buen servicio... Así las cosas, se encuentra que el actor cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA a través del cual puede solicitar la suspensión provisional del acto administrativo, medida cautelar consagrada en el artículo 230 de dicha disposición y, por ende, este mecanismo resulta eficaz para la protección del derecho fundamental al debido proceso”.*** (negrilla fuera de texto original)

Concluye en que la reubicación laboral de la demandante no le vulnera derecho alguno, como quiera que la decisión se encuentra plenamente ajustada al ordenamiento legal y jurisprudencial aplicable a este tipo de situaciones, debidamente motivada, en donde, no se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable, real y claro, que no fuera tolerable por la parte actora, incumpléndose con el requisito de subsidiariedad de la acción; agrega que además debe tenerse en cuenta que la inconformidad planteada corresponde según su entender, en una presunta arbitrariedad en la decisión de traslado, cuya situación deberá ser objeto de revisión por parte del juez ordinario dentro de las acciones que debe promover para ello.

Ahora bien, en torno a los hechos referidos en los numerales **2, 3, 7 y 12** de la demanda y que tienen que ver con presunta afectación a la unidad familiar de la servidora ANA VICTORIA NIETO SALAZAR con la medida administrativa adoptada, en especial frente a los derechos a la educación y el seguimiento terapéutico psicológico que su hijo menor de edad viene recibiendo, argumentando que carece de red de apoyo familiar en la ciudad de Cali para dejar a su hijo mientras ella cumple la reubicación, pues no podría llevarlo a Arauca por ser *“una zona de orden (sic) público perturbada, correría peligro nuestras vidas”*, explica que la medida administrativa de reubicación adoptada con el acto administrativo atacado, no lleva implícito el deterioro de la armonía y

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda dentro del radicado No. 25000-23-36-00-2016-00465-01(AC)

unidad de la vida familiar y mucho menos el resquebrajamiento del amor, afecto y otros fines comunes de todo núcleo familiar que los ata y vincula, pues resulta claro que no se le está impidiendo a su hijo el derecho fundamental a tener una familia, pues, de hecho, la tiene, y en ningún momento se le está separando de ella, ya que, este derecho comporta aspectos más allá de la mera presencia física, puesto que implica lazos espirituales que irradian amor y afecto, como así lo ha entendido la Corte Constitucional en sentencia T-524 del 21 de julio de 2010, a través de la cual determinó claramente los requisitos para que se presente violación al derecho a la unidad familiar, estableciendo que la separación del núcleo familiar deberá ser perfectamente acreditada e implicar una situación de carácter insuperable, en los siguientes términos:

*“4.1.7. Por esa razón, en tratándose de traslados o reubicaciones laborales, ha sido la misma jurisprudencia constitucional la que ha fijado las condiciones que deben cumplirse para que proceda la protección constitucional impetrada. Así, ha dispuesto que, para que haya lugar a un pronunciamiento de fondo sobre una decisión de reubicación laboral, se requiere **“(i) que la decisión sea ostensiblemente arbitraria, en el sentido que haya sido adoptada sin consultar en forma adecuada y coherente las circunstancias particulares del trabajador, e implique una desmejora de sus condiciones de trabajo y; (ii) que afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar”**.*

*En cuanto tiene que ver con el último de los presupuestos, se ha puntualizado que la afectación clara, grave y directa a los derechos fundamentales del tutelante o de su núcleo familiar, puede tener lugar en diversas circunstancias que deben aparecer debidamente acreditadas en el respectivo expediente. Sobre el particular, valga aclarar que de la misma jurisprudencia constitucional emergen una serie de sub-reglas a partir de las cuales se ha podido entender como afectado en forma grave un derecho fundamental, a saber: (...) **d. Y, en aquellos eventos donde la ruptura del núcleo familiar va más allá de una simple separación transitoria, ha sido originada por causas distintas al traslado mismo o se trata de circunstancias de carácter superable (sic).***

Conviene destacar, igualmente, a propósito de los parámetros anteriormente señalados, que la jurisprudencia constitucional ha puesto de presente que los mismos deben corresponder a situaciones en las que se evidencien cargas desproporcionadas e irrazonables, y no que por sí solas impliquen cambios o alteraciones que puedan ser considerados insubstanciales o soportables en las condiciones de vida y en la cotidianidad de las labores que a diario se ejercen.

A ello, resta por agregarse, con respecto a la intervención excepcional del juez de tutela frente a las controversias que se susciten en torno al tema de traslados laborales, que ésta se encuentra supeditada al análisis de las circunstancias que rodean cada situación particular y a la debida acreditación que de las mismas se haga en el caso concreto, para determinar, finalmente, sobre la eventual existencia de una amenaza o vulneración grave de derechos fundamentales.

*4.1.8. Por su parte, frente al denominado *ius variandi*, este Tribunal lo ha definido como una de las expresiones del poder de subordinación que sobre*

los trabajadores ejerce el empleador, la cual se materializa en la facultad de variar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, la potestad de modificar el modo, el lugar, la cantidad o el tiempo de trabajo.

Tal facultad, entonces, se concreta en la posibilidad que tiene la respectiva autoridad nominadora de modificar la sede de la prestación de los servicios personales, bien sea discrecionalmente para garantizar una continua, eficiente y oportuna prestación del servicio cuando las necesidades así lo impongan, o bien por la solicitud de reubicación que directamente se realice (...)". (negrilla por fuera de texto original)

Colige del contenido de la jurisprudencia transcrita, que deben presentarse situaciones específicas e intolerables, por el desplazamiento de un espacio geográfico a otro, por lo tanto, no le asiste razón en sus planteamientos a la accionante y contrario a ello refuerzan el hecho de que si, no cuenta con una red de apoyo familiar en Cali para que le ayuden con el cuidado de su hijo menor de edad, no será diferente su situación familiar en la ciudad de Arauca, por lo que no habría motivo alguno para que la servidora ANA VICTORIA NIETO SALAZAR se viera obligada a dejarlo en la ciudad de Cali, cuando perfectamente puede llevarlo consigo al nuevo lugar geográfico de trabajo, sin que se afecte su unidad familiar, más teniendo en cuenta que como lo afirma la misma accionante y lo demuestra con las declaraciones extraprocesales que adjunta, el menor se encuentra actualmente bajo su entero cuidado, custodia y responsabilidad⁶, lo que permite establecer que no existe imposibilidad alguna, para que la accionante desplace su núcleo familiar a su nuevo lugar de labores, por lo tanto no resultan de recibo las consideraciones realizadas en la demanda respecto a lo presunta vulneración de su núcleo familiar, pues siendo su hijo menor de edad, su progenitora tiene responsabilidad legal y constitucional que impide su abandono, por lo tanto su núcleo familiar se mantendrá unido en el nuevo lugar de labores, sin que constituya ello afectación de sus derechos fundamentales.

Así mismo, en lo que tiene que ver con la educación que viene recibiendo el menor hijo de la demandante, manifiesta que la reubicación geográfica del empleo que desempeña la servidora, no tiene implícita vocación alguna de impedirle el acceso a ella, pues al lugar donde se dispuso su traslado también cuenta con planteles educativos en los que quizá pueda continuar con su formación académica, hace una relación de los más destacados, diecinueve (19) en total.

Frente a los hechos contenidos en los numerales **6 y 7**, respecto al seguimiento psicológico que viene recibiendo el menor, manifiesta que

⁶ Cita y transcribe el artículo 23 de la Ley 1098 de 2006 que dispone: "Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral".

éste podrá continuarlo en el nuevo lugar de trabajo de la accionante a través de la EPS a la que se encuentra afiliado, no evidenciándose por tanto vulneración al derecho alegado, pues si por cuestiones laborales, personales o académicas una persona debe cambiar de residencia, de manera ocasional, temporal o permanente, la EPS a la que se encuentra afiliado, deberá garantizarle el acceso a los servicios de salud a través de sus redes de atención, o mediante acuerdos específicos con su red prestadora o una EPS en aquellos lugares donde no operen ni cuenten con redes de prestación de servicios, lo que se conoce bajo el concepto de *“portabilidad”*, que es la garantía que se da a los ciudadanos para acceder a los servicios de salud sin trámites excesivos e innecesarios, en cualquier parte del territorio nacional, cuando el afiliado y/o su núcleo familiar se van a vivir temporalmente a un municipio diferente a aquel en donde se afiliaron a la EPS o donde habitualmente reciben los servicios de salud, por lo tanto la reubicación laboral dispuesta a la demandante no tiene la connotación de amenazar o poner en riesgo la salud de la servidora ni la de su menor hijo, más aún cuando el trámite puede hacerse a través de la línea de atención al usuario, de la EPS correspondiente, por escrito o a través de correo electrónico habilitado para ello, sin que los tratamientos médicos de la accionante o de su hijo puedan verse afectados o interrumpidos con la reubicación el empleo de la funcionaria, pues en la ciudad donde ejercerá sus funciones laborales la EPS deberá garantizarle la adecuada y oportuna atención médica, so pena de las sanciones correspondientes.

Adicional a lo anterior, agrega, la accionante considera que por su edad, es sujeto de especial protección señalada en la Constitución Política y que se debe tener en cuenta como un derecho fundamental el de la dignidad humana, la vida, la honra, y la integridad, consagradas en el artículo 46 de la Constitución Política, no obstante, si bien es cierto la doctora NIETO SALAZAR cuenta con una edad de 51 años, también lo es que se encuentra vinculada laboralmente a la entidad, ejerciendo las funciones propias de su cargo, sin que la edad le impida dicho ejercicio, y que con el cumplimiento de sus obligaciones como servidora pública, no se le vulneran derechos que considera de especial protección, en tanto que en la Dirección Seccional Arauca, ocupará el mismo cargo y ejercerá las mismas funciones que realiza en la ciudad de Cali. Si bien es cierto que razonablemente puede ser entendido que un cambio de lugar de prestación del servicio en el marco de una vinculación laboral, suponga modificaciones en el ámbito familiar o personal del servidor, no es menos cierto que ello hace parte de la potestad propia del empleador que, puede ser ejecutada siempre y cuando respete los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en cada caso en concreto, como en efecto ocurre en el presente evento, y debe ser acatada por la trabajadora en virtud de la subordinación inherente al vínculo laboral, sin que ello implique vulneración de sus derechos relacionados con su edad.

Considera importante enfatizar sobre este particular aspecto, que la especial protección constitucional brindada a las personas de la tercera

edad, va enfocada al hecho que no pueden ser maltratadas, descalificadas en razón de su edad, discriminadas, privadas de su mínimo vital, entre otras cosas, tal como así lo ha sostenido la abundante jurisprudencia constitucional, sin que por otro lado, se advierta dentro de esa especial protección constitucional, el hecho de no poder ejercer la función pública en un determinado lugar geográfico de nuestro país, con las mismas condiciones dignas, justas y con iguales reconocimientos salariales y prestacionales para el empleo que desempeña.

Adicional a lo anterior, advera, hay que agregar que el legislador no estableció una limitante por edad para efectos de ejercer el ius variandi, pues no existe norma legal alguna que establezca que las entidades vean limitada esta facultad por razón de la edad de sus servidores, o que, si la ejerce respecto de un servidor de más de 50 años, con ello se le estén vulnerando los derechos a la dignidad humana, por lo cual considera se quedan sin asidero los argumentos que en este aspecto propone la peticionaria.

Frente a los hechos relacionados en los numerales **9, 10 y 11**, afirma que inconforme con la reubicación del empleo por estrictas necesidades del servicio dispuesta en la Resolución Nro. 000674 del 15 de febrero de 2021, la accionante interpuso recurso de reposición contra la misma, que fue resuelto a través de la Resolución Nro. 0001030 del 9 de marzo de 2021, de manera negativa.

Señala que la accionante afirma en el escrito presentado para sustentar tal recurso que, con la reubicación del empleo que desempeña en Cali a la Dirección Seccional Arauca, se compromete su seguridad, pues considera que un integrante del grupo guerrillero FARC tiene interés en hacerle daño por cuanto tuvo injerencia en su captura, quien además se encuentra detenido en Acacias, Meta, y porque dicho grupo tiene operaciones delincuenciales en Arauca.

En torno a tal aseveración, de manera enfática y categórica manifiesta la accionada, que en ningún momento la Fiscalía General de la Nación está poniendo en riesgo la integridad de la servidora judicial ni de su familia, como equivocadamente lo sostiene la doctora NIETO SALAZAR, pues si bien el departamento de Arauca atraviesa por una situación compleja en materia delincencial, es precisamente con la presencia institucional y con su accionar conjunto como se puede combatir a las estructuras criminales; además que es precisamente por su trayectoria laboral en la entidad, en la que se ha evidenciado que el trabajo articulado con la Fuerza Pública, la cual igualmente la estará apoyando, acompañando y protegiendo en el departamento de Arauca, ha sido la clave para el desmantelamiento de organizaciones dedicadas a delinquir, así como para la captura y judicialización de importantes actores ilegales.

Estima que se nota un sesgo en la percepción de seguridad por parte de la funcionaria judicial demandante, al atribuirle a la reubicación de su empleo, el incremento en el riesgo a su integridad personal, dejando de lado que, en esa zona geográfica de Colombia, también hay presencia de la fuerza pública, es decir, del Ejército y de la Policía Nacional que, están en el deber de garantizar su integridad como la de las demás personas que allí habitan, por lo tanto no es dable sostener que el cumplir allí con sus funciones, es someterla a un peligro inminente, porque si ello fuera así, la Fiscalía General de la Nación no podría tener a ningún servidor en esa zona geográfica prestando sus servicios.

Refiere que, sobre el tema del riesgo, la Corte Constitucional⁷ ha indicado:

“En esa medida, en la Sentencia T-719 de 2003 la Corte acogió la denominada “escala de riesgos”, mediante cinco niveles diferenciables. A saber:

- (i) mínimo: aquel en el cual la persona solo se ve amenazada por la muerte y la enfermedad naturales [34];*
- (ii) ordinario: el soportado por igual por quienes viven en sociedad [35];*
- (iii) extraordinario: aquel que ninguna persona tiene el deber jurídico de soportar [36];*
- (iv) extremo: se presenta cuando una persona está sometida a un riesgo extraordinario, grave e inminente que amenaza con lesionar su vida o la integridad personal [37]; y*
- (v) consumado: se configura cuando el riesgo que la persona no tiene el deber jurídico de soportar se ha concretado, y, por lo tanto, se han vulnerado los derechos a la vida o integridad personal [38].*

En todo caso, debe confluir un análisis de las características de especial vulnerabilidad del sujeto que solicita la protección, puesto que hay grupos que históricamente han sufrido amenazas a su seguridad personal, tales como los defensores de derechos humanos, los desplazados y los sindicalistas, entre otros.

Posteriormente, esta Corporación en la Sentencia T-339 de 2010 precisó la diferencia entre “riesgo” y “amenaza” con el fin de determinar el ámbito en que la administración puede otorgar medidas de protección especial. De esta manera, consideró necesario definir, además de una escala de riesgos, una escala de amenazas. A saber:

· Nivel de riesgo: a) mínimo: la persona sólo se ve amenazada por la muerte y la enfermedad naturales y; b) ordinario: proviene tanto de factores internos como externos a la persona y que se deriva de la convivencia en sociedad, los ciudadanos deben soportar los riesgos que son inherentes a la existencia humana y a la vida en sociedad. En este nivel no es posible exigir del Estado medidas de protección especial.

· Nivel de amenaza: a) ordinaria: representa un peligro específico e individualizable, cierto, importante, excepcional y desproporcionado. Cuando

⁷ Sentencia T-002 de 2020

concurran todas estas características, el sujeto podrá invocar su derecho fundamental a la seguridad personal para recibir protección por parte del Estado para hacer cesar las causas de la alteración del goce pacífico del derecho o, al menos, para evitar que el inicio de la lesión se vuelva violación definitiva del derecho y; extrema: se presenta cuando una persona se encuentra sometida a una amenaza que cumple con todas las características señaladas anteriormente y además, el derecho que está en peligro es el de la vida o la integridad personal.

Agrega que la misma Corte Constitucional⁸, ha expuesto que:

“las personas que están sometidas a un riesgo ordinario no pueden exigir medidas de protección especial por parte del Estado, no en virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas, sino debido a que, en ese nivel, en realidad no se presenta una violación del derecho a la seguridad personal. En efecto, teniendo en cuenta que el derecho a la seguridad personal es aquel que faculta a las personas para recibir protección adecuada por parte de las autoridades públicas, en aquellos casos en los cuales están expuestas a amenazas que no tienen el deber jurídico de soportar, en el nivel de riesgo, por el contrario, el derecho a la seguridad de la persona no se ve afectado y, por eso, su protección no se puede exigir.”

Afirma que, en palabras de la Honorable Corte Constitucional, las personas que se sientan en la necesidad de ser beneficiarias de estos mecanismos de protección, “...deberán probar siquiera sumariamente el nexo causal entre las situaciones de riesgo y el ejercicio de sus actividades o funciones políticas, públicas, sociales o humanitarias.”⁹

Estima que si la accionante observa o percibe niveles de amenaza por los grupos delincuenciales que refiere en la demanda, deberá informarlo a las autoridades correspondientes para que se le brinden las garantías necesarias y además continuar con la protección de la Policía Nacional, presentando además la correspondiente denuncia e incluso podrá requerir protección a la entidad a través de la Dirección de Protección y Asistencia quien realizará la evaluación de su nivel de riesgo y amenaza, medidas de ser viables operan en todo el territorio nacional.

En relación con el **hecho 13**, refiere que no es cierto que la Fiscalía General de la Nación, hubiere vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante, tal como lo ha demostrado en la respuesta brindada al Despacho, así mismo, que no se logra demostrar la existencia de un perjuicio real e irremediable que permita la excepcional procedencia de esta acción, motivo por el cual solicitase declare la improcedencia de la solicitud de amparo constitucional elevada por la doctora ANA VICTORIA NIETO SALAZAR, quien cuenta con las herramientas idóneas para la resolución de este tipo de situaciones, como es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en donde de igual

⁸ Sentencia T-339/10. DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL-Niveles de riesgo.

⁹ Sentencia T-095 de 2018.

manera, podrá solicitar la imposición de la medida cautelar que considere pertinente.

A manera de conclusión indica que:

La planta de personal de la Fiscalía General de la Nación tiene el carácter de ser global y flexible, con el fin garantizarle a la entidad mayor capacidad de manejo de su planta de servidores, con el objeto de atender las cambiantes necesidades del servicio de justicia y de cumplir de manera más eficiente con las funciones que le corresponden, circunstancia ampliamente conocida por la señora ANA VICTORIA NIETO SALAZAR, quien se encuentra vinculado a la entidad desde hace varios años y es conocedora de tal situación, que implica la prestación del servicio en diferentes sedes de la entidad a nivel nacional, cuando así se requiera.

Que la que la ubicación de los servidores dentro de la planta global y flexible de la entidad, a través de los traslados y reubicaciones se encuentran fundamentados en el deber constitucional y legal encomendado a la entidad, con el cual se busca garantizar el acceso a la administración de justicia en todo el territorio nacional, pilar esencial para la protección de los derechos de toda la población en general, primando para esto la garantía del interés general frente a la protección de intereses individuales, más aún, cuando no existen elementos de juicio que permitan demostrar una afectación clara de derechos fundamentales, pues las presuntas afectaciones alegadas por el accionante resultan tolerables, en desarrollo de los principios expuestos.

La expedición de la Resolución No. 000674 del 15 de febrero de 2021, obedeció a una facultad legal contenida en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto Ley 16 de 2014, la cual permite al Fiscal General de la Nación, reubicar los empleos dentro de las plantas globales y flexibles de la entidad de acuerdo con las necesidades del servicio en la Dirección Seccional Arauca, en pro de la garantía del interés general, se ordenó la reubicación del empleo desempeñado por la accionante, respetando los derechos laborales y prestacionales de ésta, razón por la cual no se puede pretender demostrar una afectación de sus derechos fundamentales.

Que resulta claro para esa entidad que el movimiento de personal realizado mediante Resolución No. 000674 del 15 de febrero de 2021, no tiene la aptitud de trasgredir los derechos fundamentales aludidos por la gestora de esta acción tutelar, en la medida que, si bien el movimiento de personal aludido genera cambios en la vida personal y familiar, estos cambios son tolerables en el contexto del interés general y la prestación del servicio a nivel nacional de la entidad y en ningún momento afectan derechos de su núcleo familiar.

Respecto a la motivación que dio lugar al acto administrativo aquí debatido, resalta que la acción de tutela no es el mecanismo para controvertirlo, toda vez que el accionante cuenta con las herramientas ordinarias para enervar sus pretensiones, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contemplado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, a través del cual puede solicitar la nulidad de la legalidad de la Resolución No. 000674 del 15 de febrero de 2021, cuyo hecho genera una causal de improcedencia de la acción de tutela de acuerdo a la normatividad que la regula y a la jurisprudencia constitucional.

Finalmente afirma que no se evidencia la vulneración de los derechos fundamentales alegados por la accionante, en la medida que la reubicación del empleo por necesidades del servicio no constituye un desmejoramiento de sus condiciones salariales, ni laborales, ya que en la misma se garantiza la continuidad en el ejercicio del cargo. Así mismo, no se demostró la vulneración del derecho a la unidad familiar alegado y que tampoco se demostró la existencia de un perjuicio inminente e irremediable a favor de la servidora judicial, lo cual torna en improcedente la presente acción constitucional., solicitando su declaratoria en la sentencia que se emita.

Anexa como pruebas:

1. Resolución No.0-0831 del 22 de julio de 2020
2. Acta de Posesión No. 0001109 del 22 de julio
3. Copia del oficio No. 20217720002963 del 15 de febrero de 2021, suscrito por la Delegada para la Seguridad Ciudadana.
4. Certificación Departamento de Bienestar y Salud Ocupacional.
5. Certificaciones salariales y pensionales del Departamento de Administración de Personal.
6. Hoja de vida administrativa.
7. Copia Sentencia del 17 de febrero de 2021, suscrita por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala de Decisión Penal, dentro del proceso radicado con el No. 11001.31.87.027.2021.00005.01. Accionante: Luis Raúl Acero Pinto. Accionado Fiscalía General de la Nación.
8. Copia de la sentencia del 14 de octubre de 2020, proferida por el Consejo de Estado, en el marco del radicado 66001-23-33-000-2020-00418-01, Accionante: Geovanny José Montenegro Navarro, Accionado: Fiscalía General de la Nación
9. Copia de la sentencia del 7 de octubre de 2020, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el marco del radicado 90381, Accionante: Andrés Londoño Román, Accionado: Fiscalía General de la Nación, entre otras.
10. Resolución a través se da cumplimiento a la orden judicial.

CONSIDERACIONES DE LA INSTANCIA:

1. COMPETENCIA.

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, 2.2.3.1.21 numeral 2º de la Ley 1983 de 2017 y artículo 2.2.3.1.2.1., numeral 2º del Decreto 333 de 2021.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde al Despacho determinar si con la expedición por parte de la Dirección Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación de la Resolución Nro.000674 del 15 de febrero de 2021, a través de la cual se ordenó la reubicación de la doctora ANA VICTORIA NIETO SALAZAR, Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Cali a la Dirección Seccional de Fiscalías de Arauca, se le vulneran a ésta y a su hijo derechos de rango fundamental, pregonados como afectados a través de este trámite.

3. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

Como lo estipula el artículo 86 Constitucional, la acción de tutela puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentra en situación de quebranto o amenaza de vulneración a sus derechos fundamentales, la cual por su propia iniciativa, representado por apoderado, o mediante agencia oficiosa, puede hacer valer sus derechos y reclamar ante los jueces la debida protección.-

Conforme al mandato constitucional, este mecanismo privilegiado de protección debe cumplir con los requisitos de *legitimación en la causa*, que evalúa tanto la capacidad del accionante, como la del accionado, para acudir legítimamente al debate que tendrá lugar en el trámite de tutela; de *subsidiariedad*, en razón a que solo procede cuando se han agotado todos los medios de defensa por las vías judiciales ordinarias antes de acudir al juez de tutela, o cuando no existe medio judicial legalmente previsto para debatir el caso concreto; y de *inmediatez*, que exige que su interposición sea oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados.

Legitimación activa.

La doctora ANA VICTORIA NIETO SALAZAR, corresponde a la persona presuntamente agraviada con la actuación surtida por la entidad demandada, razón por la cual se encuentra legitimada en la causa por activa y su apoderado puede actuar en su nombre, atendiendo el mandato especial que le ha sido conferido.

Legitimación pasiva.

La DIRECCION EJECUTIVA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION, autoridad pública aquí demandada se encuentra legitimada por pasiva en el presente asunto, por ser la encargada a través de la figura de la delegación, del trámite de reubicaciones al interior de la entidad y por ser quien suscribe el acto administrativo supuestamente vulnerador de los derechos de la accionante.

Inmediatez.

Hace referencia al límite temporal que se utiliza para evaluar la procedencia de la acción de tutela, teniendo en cuenta que la intervención del Juez constitucional se presenta cuando existen situaciones apremiantes que requieran medidas urgentes, considera el Despacho que en el caso a estudio se cumple con este requisito como quiera que la vulneración alegada por el demandante acaeció el 15 de febrero de 2021 fecha de expedición de la Resolución que genera la interposición de esta demanda y la solicitud de protección constitucional data del 6 de abril de 2021, tiempo que se considera razonable.

Subsidiariedad.

En cuanto a este requisito, desarrollado como una medida que permite salvaguardar y mantener la competencia del juez ordinario en los asuntos relacionados con sus funciones, de manera que el juez constitucional no entre a usurpar las funciones o tratar temas que no son propios del orden constitucional, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, ha indicado que la protección de los derechos constitucionales no es un asunto que se encuentre reservado exclusivamente a la acción de tutela, como quiera que los diferentes mecanismos judiciales de defensa consagrados en la ley, han sido establecidos para garantizar la eficacia de todos los derechos, incluidos los de carácter fundamental, siendo esta la razón por la que la misma Constitución le ha reconocido a la tutela un carácter subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, que son entonces los

instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos.

No obstante, la misma Corporación ha señalado que el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse de manera sustancial en cada caso, para determinar si los otros mecanismos de defensa judicial existentes, tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados, o de lo contrario aplicar las excepciones que justifican su procedibilidad,¹⁰ cuales son:

1. Que el medio de defensa judicial consagrado en la ley para resolver el asunto no sea idóneo y eficaz, de acuerdo a las especiales circunstancias del caso a estudio, procediendo el amparo como definitivo, y
2. Cuando a pesar de existir un medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela procede de manera transitoria.

Significa lo anterior que pese a existir otras herramientas de protección judicial idóneas y eficaces, estas pueden ser desplazadas por la acción de tutela, de manera transitoria, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable¹¹.

Al estudiar este requisito se debe establecer además si el peticionario ha desplegado de manera diligente los medios judiciales que estén a su disposición, idóneos y efectivos para la protección de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados. Se ha sostenido también que una acción judicial es *idónea* cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es *efectiva* cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados¹².

En este evento considera el Despacho que de manera activa la accionante ha ejercitado los recursos contra el acto administrativo de reubicación laboral expedido por la FGN, e incluso, de acuerdo a lo informado por el apoderado judicial de ésta, el pasado 8 de abril radicó solicitud de conciliación prejudicial, requisito indispensable para promover el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, mecanismo ordinario que la legislación establece para debatir el acto proferido, que goza de la doble presunción de legalidad y acierto.

¹⁰ Sentencia T-662 de 2016

¹¹ De acuerdo a la sentencia T-760 de 2008, este se caracteriza por ser inminente, grave, las medidas que se requiere para conjurarlo son urgentes y porque la acción de tutela sea impostergable con el fin de garantizar el adecuado e íntegro restablecimiento del orden social justo.

¹² Sentencia T-211 de 2009

Respecto a la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable al menor hijo de la accionante ante el intempestivo traslado del sitio de trabajo de su progenitora, se remite el Despacho a sentencia proferida por la H. Corte Constitucional¹³ a través de la cual delimita este concepto, con el fin de preservar el carácter residual y excepcional de la acción de tutela, en la que se indica que debe reunir las siguientes características:

“A). El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y

¹³ Sentencia T-1060 de 2007

restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social. De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”

Ahora bien, teniendo en cuenta que la solicitud constitucional que se eleva está encaminada a la protección de varios derechos como la familia, la integridad personal, la dignidad humana, mínimo vital, la salud, la educación entre otros del menor hijo de la accionante, quien en la actualidad tiene 10 años de edad, se encuentra cursando 4º grado de educación básica primaria, faltándole dos meses para la culminación del año lectivo, que termina en el mes de junio de 2021 de acuerdo al certificado expedido por la institución educativa a la que se encuentra matriculado, documento anexo como prueba a este trámite, considera el Despacho que efectivamente se le causaría a éste un perjuicio inminente, pues el traslado es inmediato, la demandante ostenta la custodia y cuidado personal del menor y dada la dependencia que en este momento tiene frente a su madre, tendría que verse forzado a romper abruptamente sus vínculos personales, familiares, incluso, sería difícil el acercamiento hacia su padre, de no tomarse medidas frente a la reubicación laboral que la accionada ha dispuesto sobre su madre.

Considera el Despacho que por el interés superior del niño y el perjuicio inminente que produciría la materialización inmediata del acto administrativo de reubicación de la accionante, frente a sus derechos a tener una familia y no ser separado de ella, a la educación, a la atención integral para su salud física, psicológica y mental, se cumple en este evento el requisito de subsidiariedad, razón por la que se procederá a realizar el estudio correspondiente al asunto.

CASO CONCRETO.

Respecto a la intervención del Juez Constitucional en caso de traslados laborales en la Administración, la procedencia de la acción tutelar es excepcional, como quiera que el ejercicio del ius variandi no tiene la vocación de afectar el derecho al trabajo en sí mismo, ni de ningún otro derecho de rango fundamental¹⁴, pues con ello lo que se supone es lograr su armonización con las necesidades del servicio público, el interés general y por ende los principios de la función pública que permiten, tomar determinaciones al respecto en determinados casos¹⁵.

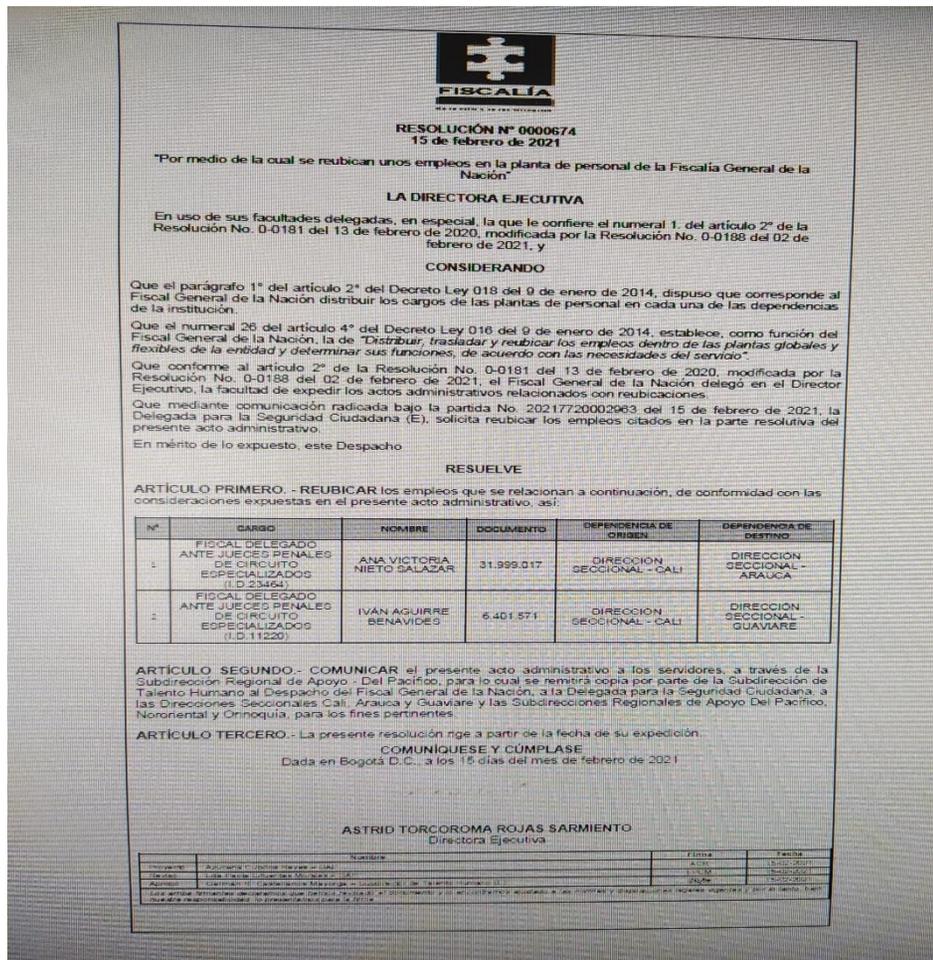
¹⁴ Sentencia T-1060 de 2007

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Rad. AC 2003-02461. M. P. Dra. Ligia López Díaz

Ahora bien, de acuerdo a lo narrado en la demanda tutelar cuyo estudio nos ocupa, la respuesta de la entidad accionada y los documentos aportados al presente trámite, encuentra acreditado el Despacho que la doctora ANA VICTORIA NIETO SALAZAR, está vinculada a la Fiscalía General de la Nación, Institución a la que le ha dedicado 27 años de su vida, y ha prestado sus servicios, desempeñando en la actualidad el cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Cali; así mismo se desprende que la planta de personal de la entidad demandada es global y flexible, lo que le permite a ésta realizar traslados de sus empleados y funcionarios en todo el territorio nacional, situación que es de conocimiento de los servidores que hacen parte de la misma.

Fueron aportadas al presente trámite los actos administrativos a través de los cuales se ordena la reubicación laboral de la doctora NIETO SALAZAR al departamento de Arauca, como también el que resuelve el recurso de reposición que contra el mismo se interpusiera y el que en cumplimiento a la medida provisional decretada en este trámite tutelar, suspendió los efectos de la resolución inicial.

Siendo relevante para la Judicatura traer en este momento el acto que dispuso la reubicación de la aquí accionante, por ser el que se estima por la parte actora como generador de la vulneración de los derechos fundamentales invocados:



Fluye del documento anexo, que *“Conforme al artículo 2º de la Resolución No. 0-0181 del 13 de febrero de 2020, modificada por la Resolución No. 0-0168 del 02 de febrero de 2021, el Fiscal General de la Nación **delegó en el Director Ejecutivo, la facultad de expedir los actos administrativos relacionados con reubicaciones.**”* (negrita del Despacho)

Lo que deja en claro, se trata de un acto administrativo que emite la Directora Ejecutiva de la Fiscalía, Dra. ASTRID TORCOROMA ROJAS SARMIENTO, autoridad aquí accionada.

De igual forma, se deriva del contenido de la Resolución: *“Que mediante comunicación radicada bajo la partida No. 20217720002963 del 15 de febrero de 2021, la delegada para la Seguridad Ciudadana (E) solicita reubicar los empleos citados en la parte resolutive del presente acto administrativo.”*

Uno de los empleos a reubicar es el de Fiscal Delegado ante Jueces Penales de Circuito Especializados, que desempeña la aquí accionante Doctora ANA VICTORIA NIETO SALAZAR, se insiste, una trabajadora que ha prestado sus servicios a la Fiscalía durante 27 años.

De otra parte, se demostró en este trámite, con el registro civil de nacimiento de Juan Diego Guevara Nieto, se trata de un menor de diez años de edad y es hijo de la accionante. Igualmente, con los certificados de estudio, que se encuentra actualmente cursando 4º año de educación básica primaria, cuyo periodo lectivo culmina en el mes de junio de 2021.

Así mismo, fueron allegadas pruebas respecto a la situación familiar que anuncia la demandante, declaraciones ante Notario de Alejandro Rabat Valencia, quien bajo juramento declara conoce a la aquí accionante, así como también a quien era su cónyuge, del cual se separó por conflictos de pareja y a su hijo menor, el cual por dicha situación quedó al cuidado de su madre ANA VICTORIA NIETO SALAZAR. En el mismo sentido declaró Claudia Rocío Sandoval Paz, quien dio cuenta labora como empleada de servicio doméstico con la aquí accionante, a quien conoce desde hace nueve años, por lo mismo le consta, la señora NIETO SALAZAR estuvo casada con Juan Diego Guevara Vargas, hasta diciembre de 2020, época en que se separaron, por problemas de pareja, él se fue a vivir a Popayán, por su parte, la señora ANA VICTORIA quedó al cuidado de su hijo menor, quien es muy apegado a ella.

Está documentado igualmente el tratamiento terapéutico por estrés, ansiedad y angustia que está recibiendo, el padre del menor, señor Juan Diego Guevara Vargas, según certificación que expidió la Profesional en Psicología Magda Mabel Yandar; también se acreditó el tratamiento

psicológico que recibe el menor Juan Diego Guevara Nieto según certificación que diera la profesional en Psicología María del Socorro Peláez Lozano, quien certificó: ***“En la actualidad el niño presenta temor al abandono y dificultad para elaborar proceso de separación, exacerbando relación de dependencia con la madre por los temores que está presentando, no quiere dormir solo y ha tenido que esforzarse por cumplir con sus responsabilidades escolares”***¹⁶

Este contexto de información, deja al descubierto que para el momento en que se produce la reubicación laboral de la accionante, Dra. ANA VICTORIA NIETO SALAZAR atravesaba una compleja situación en el ámbito familiar, si en cuenta se tiene, venía de un proceso de separación conyugal, siendo de trascendencia considerar que al seno de su entorno más cercano, surgieron situaciones que de manera indudable permiten establecer la dificultad para asumir el rol solitario de madre cabeza de hogar, dado que quien hacía parte de su comunidad doméstica, su cónyuge se trasladó a la ciudad de Popayán, por haberse roto la relación de pareja, quedando entonces sumida la aquí demandante a tener que afrontar en soledad la responsabilidad en la crianza de su hijo de tan solo diez años de edad.

Aunado a lo anterior, se vislumbra también las repercusiones que tuvo en la vida del menor Juan Diego, el conflicto surgido entre sus padres, situación en virtud de la cual, ha debido recibir ayuda psicológica a consecuencia de ese proceso de separación de las personas que hasta hace muy poco tiempo, constituían su respaldo y apoyo integral.

Realidad de la que no ha escapado el progenitor del referido pequeño, quien también afronta problemas en su salud caracterizados por angustia, estrés y ansiedad, lo que conllevó recibiera ayuda terapéutica.

Radiografía familiar, la de la aquí accionante que indudablemente debió ser tomada en cuenta cuando se dispuso por la accionada, reubicarla al Departamento de Arauca, puesto que tal como lo indica el máximo tribunal constitucional:

*“ la administración goza de discrecionalidad para decidir sobre la reubicación de su personal. Sin embargo, esta libertad se limita a los siguientes aspectos: a) que se efectúe a un cargo de la misma categoría y con funciones afines; b) la orden de traslado debe sujetarse a las consecuencias que éste puede producir en la salud del funcionario y, c) en algunas circunstancias la administración debe consultar los efectos que el traslado pueda ocasionar en el entorno del funcionario”*⁴. (Corte Constitucional. Sentencia T-715 de 1996. M.P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.)

¹⁶ Certificación de 18 de Febrero de 2021

Asimismo, ha reconocido la alta Corporación la procedencia excepcional de la acción de tutela en el caso de los traslados, sólo cuando se observa la existencia de un evento o circunstancia especial familiar y social en el que se amenaza o viola de forma irremediable y grave los derechos del trabajador o su núcleo familiar.¹⁷

Resulta indiscutible que a través de la acción de amparo, se busca es proteger los derechos fundamentales que resultan quebrantados con ocasión del acto administrativo que ordenó la reubicación del trabajador, no se discute acá su legalidad, pues para ello existen las acciones que el propio legislador ha diseñado para atacarlos como puede ser la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por ello, corresponde determinar si en el presente caso, la tutela es el mecanismo eficaz para resolver el problema jurídico que es el resultado de cuestionar si con el acto administrativo emitido por la Directora Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación, al disponer la reubicación de la Dra. ANA VICTORIA NIETO SALAZAR, se produjo quebranto a los derechos fundamentales invocados por la parte actora.

Ha indicado la H. Corte Constitucional:

*“En términos generales, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para controvertir las decisiones que ordenan traslados laborales, toda vez que para tales efectos el ordenamiento jurídico ha estatuido unos medios especiales de defensa, como lo son las acciones laborales y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales deben promoverse por los interesados según sea la naturaleza del conflicto. Sin embargo, de forma excepcional, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la procedencia de la tutela para controvertir ese tipo de decisiones, particularmente, en aquellos eventos en los que se acredite una amenaza o violación grave e irremediable a los derechos fundamentales del trabajador o de su núcleo familiar”.*¹⁸

Y descendiendo a casos como el que nos ocupa, donde se acude a la tutela frente a decisiones de traslado o reubicación, indica la Corporación, en la citada sentencia, se requiere como condiciones, las cuales no son acumulativas, para lograr la modificación de dichas decisiones:

*“(i) Que la decisión sea ostensiblemente arbitraria, es decir, carezca de fundamento alguno en su expedición, (ii) que fuera adoptada en forma intempestiva y (iii) que afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar”*¹⁹.

¹⁷ Sentencia T-305 de 2007

¹⁸ Sentencia T 065 de 2007

¹⁹ Ibídem

En este caso, se alega por la accionada, fueron las estrictas necesidades del servicio las que conllevaron la expedición del acto administrativo que ordenó la reubicación de la Dra. ANA VICTORIA NIETO SALAZAR, decisión que a no dudarlo carece de la motivación necesaria, tal como se desprende de su contenido, lo que la aleja de la objetividad que debe caracterizar un acto de tal naturaleza, además, no cabe duda fue adoptada en forma intempestiva, tanto así, que la parte actora ha dado a conocer se enteró de su traslado, antes de ser notificada del acto administrativo, pues escuchó en un medio radial la información relacionada sobre la remoción de sus cargos a fiscales de Cali “investigados por corrupción”, contexto que indudablemente advierte este Despacho produjo seria afectación en las esferas personal, familiar y social de la accionante, puesto que con un rótulo o titular de tal envergadura, el recibir luego la notificación de su traslado, a no dudarlo constituye un acto perturbador para cualquier servidor público.

Lo anterior, si en cuenta se tiene que la vocación de servicio, el compromiso mostrado hacia la entidad accionada, el verse expuesto el servidor público a situaciones constantes de riesgo para su vida, su integridad personal, su tranquilidad y sosiego, propias del trabajo que realiza y la misión que cumple, sin lugar a dudas, ante una situación como la informada, es obvio que quebranta la paz, la dignidad a la que tiene derecho el servidor judicial, como todo ciudadano en cuyo favor se han establecido en la Constitución y la ley máximas que deben prevalecer como la presunción de inocencia, el debido proceso, el derecho al buen nombre, a la defensa, derechos que se tienen y deben respetarse, pues luego, de vulnerarse, que opción tendría su titular en el evento en que tardíamente le fueran restablecidos, como si el caudal de un río pudiese detenerse, menos cuando el torrente arrastra implacablemente todo lo que lleva por delante.

Así entonces, independientemente de la autonomía de la accionada para disponer traslados de sus servidores, se aprecia, se aparta dicho acto discrecional de lo que enseña la jurisprudencia constitucional, pues en nada se tuvo en cuenta la situación personal y familiar de la accionante, -pese a que la parte actora le puso en conocimiento la misma a través de los recursos interpuestos frente al acto administrativo que ordenó su reubicación- ni mucho menos lo que ocurre con su hijo menor Juan Diego, una persona que por fuerza de una crisis familiar se ha visto abocado a padecer los efectos de la separación de sus padres, y quien además ha creado dependencia hacia su progenitora, aparte de los vínculos escolares que ha establecido, en institución educativa de esta ciudad.

En esta forma, evidencia la Judicatura, resulta también desproporcionado, desmedido y excesivo frente a la mujer trabajadora, madre cabeza de familia que la accionada, sin mirar la realidad que afronta, que le ha servido y dedicado la mayor parte de su vida, la lleve

a tener que sacrificar lo más preciado que tiene, la posibilidad que su hijo pueda no obstante las circunstancias de separación de sus padres, contar con el derecho a tenerlos cerca, porque tiene el derecho a contar con su familia.

Resulta desmesurado dijera la accionada, puede la parte actora llevarse a su hijo menor en términos de tranquilidad al Departamento de Arauca, olvida la demandada que el menor hijo de la accionante tiene establecidos vínculos personales, familiares como también educativos en esta ciudad, por lo que resulta desconsiderado obligarlo a romper de manera abrupta con estos vínculos que han forjado los diez años de existencia que tiene y con los que ha tejido lazos de confianza que le han ayudado en su proyecto de vida.

Y qué decir de la mujer cabeza de familia, que debe trabajar para sacar adelante a su menor hijo, que ha entregado su vida al servicio de la Fiscalía, no obstante el riesgo que para sus bienes superiores le ha significado la función que cumple, una trabajadora que en tales condiciones no entiende cómo la Institución a la cual ha dedicado sus mejores esfuerzos, que ha puesto su vida en riesgo, de un momento a otro, es decir en forma repentina, so pretexto de las “necesidades del servicio” la expone a dejar de lado todo lo construido, todo el servicio prestado, y lo que es más grave, a verse precisada a mirar cómo su núcleo familiar ya con problemas de separación, se aparte de una manera irreparable, sin considerar tampoco la situación de riesgo, de inseguridad dada a conocer por la aquí accionante, según hechos verificables, dada la función que ha cumplido como Fiscal Delegada ante los Jueces Penales de Circuito Especializados de la ciudad de Cali.

En tal sentido, frente a la afectación clara, grave y directa a los derechos fundamentales del peticionario o de su núcleo familiar, se han mencionado por la H. Corte Constitucional, casos de procedencia de la acción de tutela cuando el traslado pone en peligro la vida o la integridad del servidor o de su familia. En los eventos en que las condiciones de salud de los familiares del trabajador, pueden incidir, dada su gravedad e implicaciones, en la decisión acerca de la constitucionalidad del traslado. Y, en aquellos eventos donde la ruptura del núcleo familiar va más allá de una simple separación transitoria.

Ha considerado también el derecho del menor de edad a tener una familia y a no ser separado de ella, a términos del artículo 5° de la Constitución Política, el derecho de los niños y niñas a permanecer con su familia, en la medida en que ampara a la familia como institución básica de la sociedad. Del mismo modo, el artículo 42° ibídem que establece como obligación del Estado y de la sociedad de garantizar la protección integral de ésta. También consagra la Constitución -artículo 44°- el derecho fundamental de los niños y las niñas a tener una familia

y a no ser separado de ella, con lo cual se pretende el contacto directo o la cercanía física permanente del niño con su familia. Además establece la prevalencia de los derechos de los niños por sobre los derechos de los demás.

En razón de la especial protección que el Constituyente ha otorgado a los derechos de los niños, la jurisprudencia constitucional ha considerado que las medidas administrativas, entre las que se encuentran los traslados, deben considerar la especial garantía que el constituyente les ha otorgado. En sentencia T-825 de 2003, la Corte ordenó a la Fiscalía General de la Nación tomar las medidas necesarias para trasladar nuevamente a un funcionario de Barranquilla a Bogotá, pues el traslado atentaba contra las condiciones dignas de trabajo del actor y amenazaba la salud de su menor hijo, por lo que se ordenó reubicarlo en la ciudad en donde éste estaba siendo atendido.

Por manera que el *ius variandi* no genera una afectación a los derechos fundamentales de los menores de edad, salvo que la separación genere una ruptura familiar grave e injustificada que no se encuentre dentro de circunstancias superables y que afecte al menor de edad de manera considerable. Así lo ha referido la H. Corte Constitucional en la Sentencia T-543 de 2009: *“En consecuencia, la procedencia de la tutela en caso de generarse una separación familiar con ocasión de un traslado laboral, está supeditada, como ya se indicó inicialmente, a que aparezcan probadas afectaciones graves a los derechos fundamentales de los empleados, de los niños o de las personas que dependen de ellos.”*²⁰

Asimismo, en la Sentencia T-961 de 2012 este Tribunal expresó lo siguiente:

*“La protección del derecho a la familia de los niños, niñas y adolescentes, implica una garantía para su desarrollo integral, dado que en estas etapas, necesitan del apoyo moral y psicológico de su familia, fundamentalmente el de sus padres, para evitar cualquier trastorno que pueda afectar su desarrollo personal, de manera que solo excepcionalmente, dicha unidad podría ser afectada, por causas legales, como puede suceder con una decisión judicial relacionada con la privación de la libertad de uno de los padres, o cuando medie una decisión judicial o administrativa que determine la separación del hijo de sus progenitores o de uno de ellos”*²¹.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-42-000-2013-05661-01(AC) Actor: NOE RINCON MARTINEZ Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

²¹ Ver Sentencia T-488 de 2011. En esta oportunidad, mediante la acción de tutela el accionante cuestionó un acto administrativo que ordenaba el traslado de labores del accionante, padre cabeza de hogar, de un establecimiento carcelario de Bogotá a uno de la ciudad de Jamundí - Valle por necesidades del servicio, sin que se tuviera en cuenta su situación familiar. La decisión implicaba la interrupción de los estudios especiales de los hijos menores del actor. Con base en los hechos expuestos, la Sala de Revisión correspondiente ordenó suspender provisionalmente la decisión administrativa con el fin de evitar la afectación en el proceso de aprendizaje de los hijos del actor, para que al finalizar el año escolar si se procediera con el traslado del actor con sus hijos, con el objeto de no quebrantar su derecho a tener familia y a no separarse de ella.

Ahora bien, la citada Corporación se ha ocupado en numerosas sentencias del principio del interés superior del menor, el que implica reconocer a su favor un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, en procura de su desarrollo armónico e integral²², indicando que:

“el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formar reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”²³.

Significa lo anterior que, en los eventos en los que se encuentren comprometidos los derechos de los menores, las autoridades tanto administrativas como judiciales están investidas de un margen de discrecionalidad que siempre debe privilegiar los derechos de éstos con especial diligencia, celo y cuidado, conforme al interés superior del niño, en el entendido que sus derechos son universales, prevalentes e interdependientes. Precisamente, esa condición de prevalencia de sus derechos impone como deber a las autoridades administrativas, judiciales o de cualquier naturaleza, adoptar las decisiones o medidas pertinentes atendiendo de la mejor forma los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al punto que si existe algún conflicto con los derechos fundamentales de cualquier otra persona o con una disposición legal o administrativa, los derechos de aquellos sean preferentes y se aplique la norma que resulte más favorable al interés superior de los menores. Es decir, en todo caso se debe dar aplicación directa a la regla *pro infans* que propende por el bienestar integral y armónico de los menores de edad²⁴.

En el mismo sentido, el máximo órgano de la justicia constitucional, ha precisado sobre el tema:

“6. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella

6.1. La Constitución de 1991 consagra a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad²⁵ y reconoce el derecho de los niños a tener una familia y a no

²² Sentencia C-683 de 2015

²³ Sentencia T-510 de 2003. En sentido similar pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-397 de 2004, C-840 de 2010, T-689 de 2012, T-767 de 2013 C-239 de 2014

²⁴ Sentencia T-384 de 2018

²⁵ La Constitución Política hace referencia expresa a la familia en los siguientes once artículos: 5, 13, 15, 28, 42, 43, 44, 46, 49, 67 y 68.

*ser separado de ella, así como la especial protección constitucional de la que son titulares*²⁶.

6.2. A nivel legal, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en el artículo 8º, definió el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

Luego, en el artículo 9º estableció la prevalencia de los derechos de los menores, al disponer que (i) “en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”; y (ii) “en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

Por último, en el artículo 22, se estableció el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a tener y crecer en una familia, a no ser separado de ella, en los siguientes términos:

“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella.

Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”.

6.3. A nivel internacional, en Declaración Internacional sobre los Derechos del Niño, se consagra la importancia de la familia para propiciar el ambiente de amor y de cuidado que el desarrollo infantil requiere.²⁷

²⁶ Artículo 44. “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

²⁷ Por ejemplo, el Principio 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959) establece que la niñez requiere cariño y comprensión, y que cuando sea posible, deberá crecer bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, en una atmósfera de afecto y de seguridad material y moral; según este mismo principio, la sociedad y las autoridades tienen el deber de proporcionar un especial cuidado a los niños y niñas desprovistos de familia, y a los que carecen de medios adecuados de sustento. A su vez, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional”, adoptada por la Asamblea General mediante la Resolución 41/85 del 3 de diciembre de 1986, establece que los Estados deberán conferir una alta prioridad al bienestar familiar e infantil (art. 1), y que el bienestar de los niños depende del bienestar de su familia (art. 2). En el mismo sentido, el Preámbulo del Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional establece que “para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión.”

Adicionalmente, el Principio 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño²⁸ establece que la niñez requiere cariño y comprensión, y que cuando sea posible, deberá crecer bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, en una atmósfera de afecto y de seguridad material y moral. Según este mismo principio, la sociedad y las autoridades tienen el deber de proporcionar un especial cuidado a los niños y niñas desprovistos de familia, y a los que carecen de medios adecuados de sustento.

Finalmente, el Preámbulo del Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional establece que “para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión.”

6.4. Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que la familia es un componente fundamental para el crecimiento y desarrollo armónico de los menores. En tal sentido, ha resaltado que “[t]odos los miembros de una familia tienen derecho a conservar su unidad, ya que aquella es la célula de la sociedad. El interés general recae sobre la unidad familiar, no sólo por razones elementales de conveniencia, sino porque el vínculo familiar no puede ser disuelto sin justa causa”²⁹.

En la sentencia de tutela 528 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos, indicó la H. Corte Constitucional:

*“7.2.3. Del precedente jurisprudencial citado en el acápite 3º de las consideraciones de esta providencia, se reitera que la acción de tutela procede para revocar una orden de traslado siempre y cuando el traslado o la negativa del mismo sea **arbitrario**, en tanto: (i) no obedece a criterios objetivos de necesidad del servicio, (ii) no consulte situaciones subjetivas del trabajador, o (iii) implica una clara desmejora en las condiciones de trabajo; y con tal decisión **se afecte de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales** del accionante y su núcleo familiar.*

Encuentra la Sala que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo y eficaz de protección, en tanto se advierte la posible afectación de los derechos fundamentales de la accionante y de su hija menor de edad- quien por encontrarse en situación de discapacidad es un sujeto de especial protección constitucional- a la Unidad Familiar, igualdad y la especial protección de los niños, niñas y adolescentes. Lo anterior permite concluir que los mecanismos ordinarios de defensa ante la jurisdicción contenciosa administrativa son ineficaces e inidóneos dadas las condiciones anteriormente descritas.”

Y agrega:

“Ahora bien, la decisión de negar el traslado del señor Pedro Emilio Remolina, por parte de la Fiscalía General de la Nación, se sustentó en las

²⁸ Adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959.

²⁹ Sentencia T447 de 1994.

estrictas necesidades del servicio, como consta en el oficio de 30 de noviembre de 2016^[70]. Sin embargo, en este acto administrativo no se evidencia un análisis de las circunstancias personales que rodean al accionante y a su familia. Específicamente, la situación de discapacidad de su hija menor Sara Lucía Remolina, quien está al cuidado únicamente de su madre, a quien, adicionalmente, le diagnosticaron desde el año 2014 “una extrusión del contenido discal en el nivel C6-C7 izquierdo con migración caudal y compresión de la raíz izquierda de C6 y del cordón medular”.

Es palmario que Sara Lucía Remolina Céspedes requiere cuidados especiales, en aras de garantizar su salud física y emocional, por lo que es fundamental que sean sus padres quienes le brinden el acompañamiento apropiado para hacer frente a su situación actual. Sin embargo, ante la imposibilidad del padre para atender a la menor, la responsabilidad por sus cuidados radica exclusivamente en la madre, para quien tal labor ha sido físicamente muy desgastante, al punto que, como manifiesta en la tutela, está perdiendo la fuerza muscular de sus miembros superiores, debido a la extrusión discal que le fue diagnosticada desde el año 2014.

Con base en lo expuesto, la Sala afirma que la negativa ante la solicitud de traslado elevada por el señor Pedro Emilio Remolina es arbitraria, en tanto, si bien obedece a criterios objetivos de necesidad del servicio, no consultó la situación particular del señor Remolina ni de su núcleo familiar. Sumado a esto, con tal decisión se afectaron de forma grave y directa los derechos fundamentales de su hija menor, dada la gravedad de sus padecimientos y las implicaciones que ello tiene en su núcleo familiar.

En adición a las omisiones a las que se han hecho referencia, la Sala Octava de Revisión considera que la carga argumentativa de la entidad accionada para negar el traslado solicitado es mayor, al estar de por medio un menor de edad en situación de discapacidad y por ello titular de una especial protección constitucional. Por esto, no es suficiente afirmar que el traslado no puede efectuarse únicamente por razones del servicio, sin consultar la situación particular del actor ni la de su núcleo familiar.

De acuerdo con el análisis del caso, la Corte Constitucional considera que la Fiscalía General de la Nación vulneró el derecho a la unidad familiar de Olga Lucía Céspedes Díaz, Pedro Emilio Remolina Martínez, Sara Lucía y Mauricio Andrés Remolina Céspedes, la especial protección de los niños, niñas y adolescentes y a la especial protección debida por el Estado a las personas en situación de discapacidad, al negarse a trasladar a su cónyuge a la ciudad de Bucaramanga”.

Descendiendo al caso a estudio, debe indicarse, no desconoce la Judicatura que, la Fiscalía General de la Nación cuenta con una amplia discrecionalidad para decidir sobre la reubicación de su personal, no obstante, teniendo en cuenta lo planteado en sede tutelar respecto a la situación del grupo familiar de la servidora judicial demandante, no solo en su condición de madre cabeza de hogar, sino de manera especial de su pequeño hijo Juan Diego Guevara Nieto, resulta necesario amparar sus derechos fundamentales a la unidad familiar, a la salud física, mental y psicológica y a la educación, teniendo en cuenta que el inmediato

traslado junto con su madre, quien ostenta su cuidado y custodia personal, le ocasionaría una abrupta ruptura con los vínculos afectivos, familiares y personales, puesto que quedaría lejos de su padre, de igual forma de las relaciones de amistad en el contexto educativo, pues se vería abocado a ser retirado del plantel educativo, sin dejar de mencionar la interrupción en el tratamiento o ayuda psicológica que se le viene prestando para ayudarlo en las dificultades que afronta, ante la separación de sus padres, todo lo cual, permite a esta instancia concluir es procedente la acción de tutela para los derechos fundamentales invocados por la accionante.

En consecuencia de lo anterior, se ordenará a la DIRECTORA EJECUTIVA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION, Doctora ASTRID TORCOROMA ROJAS SARMIENTO que en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a dejar sin efectos la Resolución Nro.0000674 del 15 de febrero de 2021, en lo que concierne a la orden de traslado de la Doctora ANA VICTORIA NIETO SALAZAR a la Dirección Seccional de Arauca y en su lugar, adopte la decisión que restablezca a la aquí accionante, el derecho de volver al cargo que desempeña como Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de la ciudad de Cali.

Por lo anteriormente expuesto, el JUZGADO ONCE PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE SANTIAGO DE CALI VALLE DEL CAUCA, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

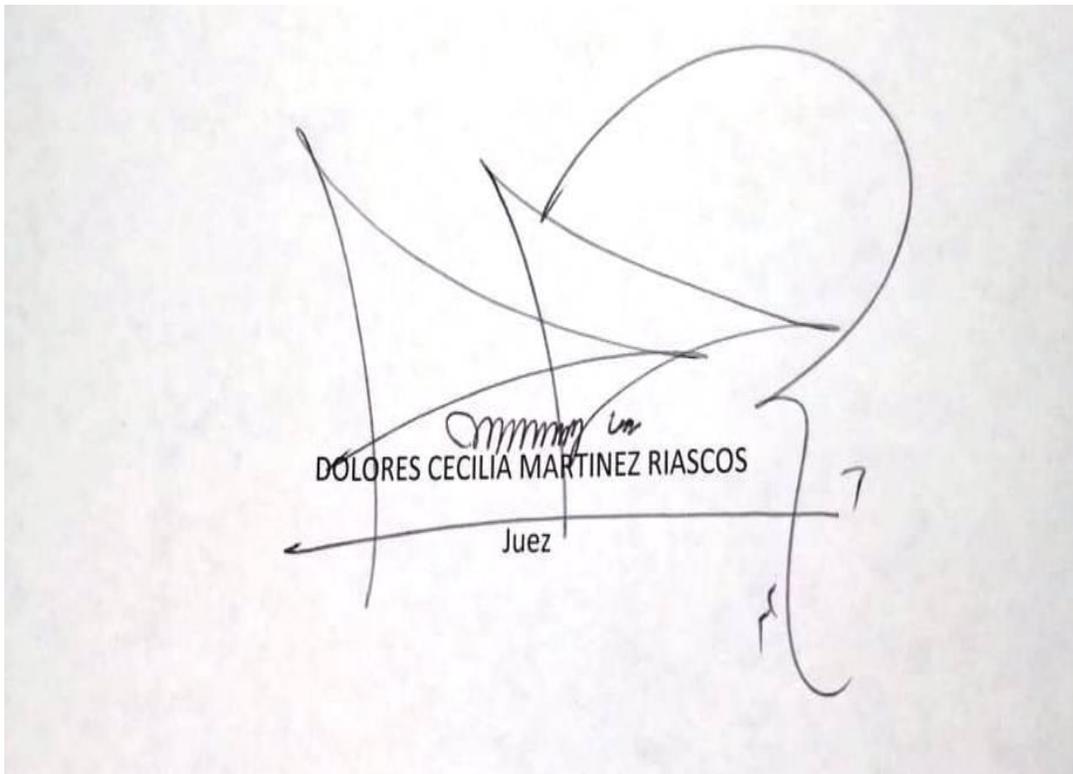
RESUELVE:

PRIMERO. CONCEDER el amparo constitucional solicitado a través de apoderado judicial por la doctora ANA VICTORIA NIETO SALAZAR, en protección a los derechos como madre cabeza de hogar, a la unidad familiar, salud física, mental y psicológica, así como a la educación de su menor hijo Juan Diego Guevara Nieto, con base en lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. En consecuencia, se ordena a la DIRECTORA EJECUTIVA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION, Doctora ASTRID TORCOROMA ROJAS SARMIENTO que en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a dejar sin efectos la Resolución Nro.0000674 del 15 de febrero de 2021, en lo que concierne a la orden de traslado de la Doctora ANA VICTORIA NIETO SALAZAR a la Dirección Seccional de Arauca y en su lugar, adopte la decisión que restablezca a la aquí accionante, el derecho de volver al cargo que desempeña como Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de la ciudad de Cali.

TERCERO. De no ser recurrido este fallo, al día siguiente hábil de su ejecutoria, REMITASE la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.



A handwritten signature in black ink is written over a rectangular stamp. The stamp contains the text "DOLORES CECILIA MARTINEZ RIASCOS" and "Juez" below it. To the right of the stamp, there is a handwritten number "7" and a small flourish.