

Radicación interna: T – 254–2020

Código Único de Radicación: 08-001-31-53-011-2020-00062-01

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Sustanciador: Alfredo de Jesús Castilla Torres.

Decisión discutida y aprobada según Acta No. 031

Barranquilla, D.E.I.P., catorce (14) de Mayo de dos mil Veinte (2020).

ASUNTO

Se decide la impugnación presentada por el accionante contra la sentencia proferida el 26 de Marzo de 2020 por el Juzgado Once Civil del Circuito de Barranquilla, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Elkin Javier Figueroa Marzola, contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la Asociación y Libertad Sindical, La Unidad Familiar, El Debido Proceso, Derecho a los Niños y Niñas, la Salud, el Trato Digno, la Educación, la Estabilidad Emocional y Familiar.

ANTECEDENTES

38. HECHOS

Los hechos que le sirven de fundamento a la presente acción, pueden ser expuestos así:

- 1.1. El accionante se encuentra vinculado al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, desde el 03 de noviembre de 2009 mediante contrato a término indefinido en carrera penitenciaria y actualmente ostenta el cargo de Dragoneante código 4114 grado 11 en la sede Regional Norte del Establecimiento Penitenciario y Carcelario El Bosque de la Ciudad de Barranquilla.
- 1.2. Que mediante resolución No. 003857 de fecha 18 de septiembre de 2019 el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC ordenó su traslado por necesidad del servicio al Establecimiento Penitenciario del Municipio de Apartado EPMSC en el Departamento de Antioquia.
- 1.3. Que contra la mencionada resolución interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto negativamente mediante resolución No. 00072 del 25 de febrero de 2020.
- 1.4. Agrega que los argumentos de las mencionadas Resoluciones se basan en la necesidad de garantizar la prestación interrumpida de un servicio público esencial a cargo del Estado que repercute directamente en beneficio del interés general de la sociedad, cuya garantía no representa una afectación grave al

derecho de asociación sindical esgrimido por el recurrente ni impide la realización del mismo.

- 1.5. Que durante su vida laboral ha mantenido buen desempeño en sus funciones como trabajador del Inpec, lo cual acredita con el respectivo certificado de evaluación de desempeño laboral emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil y de ahí el tiempo de servicio laboral y línea de honore, sin uno solo llamado de atención, con procesos disciplinarios o antecedentes en su contra.
- 1.6. Indica que su traslado afecta su familia compuesta por esposa y cuatro hijos que se van a ver afectados por el desplazamiento, que su esposa está inscrita en el Registro de personas desplazadas por la violencia y que su hija padece una enfermedad por la que requiere que le efectúen frecuentemente transfusiones, por lo que el traslado pone en peligro su salud y su vida.

PRETENSIONES

Solicita el accionante que se le ampare sus derechos fundamentales y como consecuencia de lo anterior, se deje sin efectos la Resolución No. 003857 del 18 de septiembre de 2019, confirmada por la Resolución No. 00072 del 25 de febrero de 2020, mediante la cual se ordenó su traslado al Municipio de Apartado (Antioquia).

ACTUACIÓN PROCESAL

El conocimiento de la presente acción de tutela le correspondió en primera instancia al Juzgado Once Civil del Circuito en Oralidad de Barranquilla, donde mediante auto de fecha 16 de marzo de 2020, se admitió la presente acción constitucional. En el que se ordenó notificar a la entidad accionada, para que rinda informe de todo lo relacionado con los hechos de la presente acción en el término de 48 horas. Así mismo se ordenó vincular a las entidades Unión de Trabajadores Penitenciarios (UTP), representado legalmente por su presidente Cristian López, o quien haga sus veces, al Establecimiento Penitenciario de Apartado Antioquia, EPMSZ, a través de su director o representante legal, así como al Sindicato de Trabajadores Penitenciarios de Colombia (STPC), al cual se encuentra afiliado el accionante.

Surtido lo anterior el Juzgado de conocimiento dicta sentencia el 26 de Marzo del 2020, Denegándola por improcedente la acción de tutela, providencia que fue impugnada oportunamente por el señor Elkin Javier Figueroa Marzola, concediéndose la misma por auto de fecha 15 de Abril de 2020.

CONSIDERACIONES DE LA A-QUO

En el caso sub-examine, sobre los argumentos embozados encuentra el despacho entre otros, aspectos que no se acredita prueba de sus aseveraciones, por ejemplo, registros civiles, o historia clínica los certificados de que hacen mención en los

hechos, donde afirma que los acompaña a la demanda de tutela, sin embargo, tales documentos no parecen acreditados en la foliatura del expediente.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción del contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos y proteger los derechos de las personas.

De otra parte, sobre el particular la Corte manifestó que, conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio este mecanismo el medio adecuado para controvertir actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

ARGUMENTOS DEL RECORRENTE

El accionante indica que el acudió a la Oficina Judicial con todos los documentos que se relacionaron como anexos del memorial de tutela y que si ellos no fueron escaneados y remitidos por esa Oficina al Juzgado es un hecho que no le es atribuible y que el Juzgado al observar la falta de esos anexos debió comunicárselo para que fueran anexados al expediente en oportunidad.

Que el Juzgado debió tener en cuenta que su traslado afecta a su núcleo familiar, que no tuvo en cuenta la calidad de desplazada por la violencia de su esposa ni la afectación de los derechos de sus menores hijos y el estado de salud de la niña Valeria

CONSIDERACIONES:

De acuerdo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y su reglamentación en los decretos 2591 de noviembre 19 y 1991, 306 de febrero 19 de 1992 y 1382 de julio 12 de 2000, toda persona tiene derecho a instaurar la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales constitucionales, como un mecanismo subsidiario de defensa de los mismos, a falta de otro medio judicial de amparo.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que, ella sólo resulta procedente contra los actos arbitrarios o no justificados de la entidad contra la cual se dirige la acción; dado que no procede contra los actos legítimos o decisiones adoptadas de acuerdo a atribuciones o facultades de la autoridad accionada o bien ejecutadas en cumplimiento de una norma de carácter legal.

En ese orden de ideas, si el accionante en tutela, cuenta o contó con un medio de defensa ordinario y con la utilización de éste no se le causa un perjuicio irremediable, forzosamente habrá de concluirse que la acción impetrada resultará a todas luces improcedente. Ahora bien, habrá de auscultarse en las circunstancias de hecho que rodean el caso en concreto, en la búsqueda de determinar la existencia de un mecanismo ordinario de defensa, o bien la existencia del mismo, pero la presencia de un perjuicio irremediable que permitan acceder al amparo deprecado.

Por ello, para entrar a resolver sobre la procedencia del amparo solicitado se hace necesario considerar Diez aspectos en cada caso concreto:

1. La legitimidad en causa activa en el peticionario, a fin de establecer si tiene o no la titularidad del derecho que invoca.
2. La legitimación en causa pasiva de quien resulta ser accionado.
3. Que el derecho en mención, tenga el carácter de “constitucional fundamental”.
4. Que no exista un medio ordinario de defensa judicial de esos derechos que pueda utilizar, a menos que se interponga como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o,
5. Que habiendo existido ese medio ordinario de defensa judicial de esos derechos, el accionante no hubiera sido remiso o negligente en su utilización.
6. Que se trata de un acto u omisión arbitrario e injusto,
7. Que no se esté en presencia de un daño ya consumado,
8. Que no se hubiera producido la cesación de la actividad o de las omisiones que vulneraban o ponían en peligro el derecho de los accionantes, antes de proferir la sentencia correspondiente,
9. Que se interponga dentro de un plazo justo y razonable.
10. Que no se trate del cuestionamiento de la sentencia de una acción de tutela anterior.

CASO CONCRETO

La presente acción se presentó como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por lo que centra inicialmente el debate en establecer si encuentra presentes los requisitos necesarios para considerar procedente el entrar a resolver a través de una acción de tutela si el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, vulneró los derechos fundamentales alegados por el actor para efectos de poder declarar provisionalmente que se deje sin efectos la resolución No. 00072 del 25 de febrero de 2020, mediante el cual se ordenó su traslado al Municipio de Apartador Antioquia.

Sea lo primero indicar que el accionante en tutela tiene la carga de explicitar en su memorial de interposición de la acción todos los supuestos de hecho correspondientes a su situación particular y aportar en ese momento, o máximo en el decurso de la primera instancia, antes de proferirse la sentencia correspondiente, todos los elementos probatorios que tiene a su disposición a efectos de respetar el

principio de contradicción y defensa de la parte accionada y el de las dos instancias, por lo que el memorial de impugnación frente a una sentencia desfavorable en primera instancia, no es la oportunidad idónea para mejorar el acervo probatorio agregando nueva documentación o planteando nuevos hechos que no estuvieron al alcance de la funcionaria de primer grado; sin embargo, en el caso presente teniendo en cuenta que los documentos allegados con el memorial de impugnación se encuentran relacionados en el memorial de tutela y no se tiene la certeza de cuál fue la causa para que los mismos no fueran adjuntados al inicio de este trámite al memorial allegado al Juzgado a quo, se procederá a su estudio.

En cuando a la procedencia de esta acción constitucional para efectos de estudiar las decisiones de traslado, la Corte Constitucional manifestó en su sentencia T 482 DE 2017 vn¹:

“36. Para determinar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la jurisprudencia, de manera reiterativa, ha considerado como orientadores los siguientes criterios:

*“A). El perjuicio ha de ser **inminente**: que amenaza o está por suceder prontamente, esto es, tiende a un resultado cierto derivado de una causa que está produciendo la inminencia; B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser **urgentes**, es decir, se debe precisar una medida o remedio de forma rápida que evite la configuración de la lesión; C) 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; y 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.*

37. Ahora bien, en materia de *ius variandi* esta Corporación fijó su doctrina a partir de la sentencia T-407 de 1992, en la que hizo explícito el conflicto de derechos que se presenta cuando está de por medio una orden de traslado de un trabajador. De una parte, el derecho del empleador (ejercicio del *ius variandi*) frente al derecho que tiene el empleado a un trabajo en condiciones dignas y justas. En esta providencia, la Corte fijó la regla de la prohibición categórica del empleador de atentar contra la dignidad de sus empleados. Con posterioridad, la jurisprudencia de la Corporación reconoció, no solo que los límites del *ius variandi* no podían derivarse de la naturaleza del empleador (fuese este público o privado), sino también que debían analizarse todas aquellas circunstancias que afectaran al trabajador y a su entorno familiar.

38. En pronunciamientos posteriores se ha sostenido que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para cuestionar el ejercicio del *ius variandi*, y que no puede asumirse como regla general que toda modificación de las condiciones laborales afecten los derechos fundamentales de los trabajadores. La procedencia de la tutela en casos de traslado, según la jurisprudencia actual de la Corte, es excepcional. En consecuencia, solo es procedente para revocar la orden de traslado si se cumplen las siguientes condiciones: “(i) las razones del traslado son ostensiblemente arbitrarias; (ii) el traslado afecte de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del accionante y su núcleo familiar.”

Teniendo en cuenta esos lineamientos jurisprudenciales, ha de indicarse, en primer lugar ha de indicarse que el accionante no ejerció en forma pertinente, clara y adecuada sus mecanismos de defensa en contra de la resolución No. 003857 de fecha 18 de septiembre de 2019, al leerse el memorial de su recurso de reposición de

¹ Referencia: expediente T-6.116.218 Acción de tutela interpuesta por María Inés Lozano Leal, en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido

octubre de 2019 se advierte que no puso en conocimiento del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC todos los elementos de juicio que se plantean, ahora, en el memorial de tutela como característicos del entorno familiar del señor Figueroa Marzola, por lo que no puede aceptarse el planteamiento de que la conducta de la accionada fue arbitraria e injustificada por no tener en cuenta tales hechos para resolver lo correspondiente.

Si bien, en un acápite de ese memorial de reposición se menciona que el señor Figueroa es un Padre Cabeza de Hogar de cuatro hijos menores, nada se dice en cuanto a la calidad de desplazada por causa de violencia de la señora Liseth Sierra Quintero ni del estado especial de salud de la menor Valerie Figueroa Sánchez, no teniendo ese memorial ninguna relación de anexos al respecto de estos particulares y específicos condicionamientos.

En los memoriales de tutela y de impugnación no se explica ni da ninguna razón del por qué se considera que el hecho que la señora Liseth Sierra Quintero esté inscrita en el registro como desplazada por la violencia a causa de hechos ocurridos en el año 2008 en el Municipio de Guaranda Sucre afecta o imposibilita la posibilidad desplazamiento 12 años después al Municipio de Apartado Antioquia si quiere acompañar a su marido.

Del análisis de la documentación allegada, no se extrae la certeza de cual es efectivamente la conformación del núcleo familiar del accionante, puesto que en la declaración rendida ante el Notario Primero de Soledad fechada el 27 de febrero del presente año, solo se dice que vive en unión libre con la señora Liseth Sierra Quintero y una menor hija de ambos de nombre Sharlotte Andrea Figueroa Sierra; no se menciona allí, que los otros hijos del señor Figueroa efectivamente convivan con él.

De los registros Civiles aportados se extraen los siguientes datos de los otros hijos, nombre, fecha de nacimiento y nombre de la madre.

Emyly Dunik Figueroa Del Castillo – 2009-12-30 Rita María del Castillo Carrascal

Valerie Yulieth Figueroa Sanchez – 2010-04-19 Ana Karina Sanchez Mulford

Matias Javier Figueroa Del Castillo – 2011-07-29 Rita María del Castillo Carrascal

No estando entonces acreditado con certeza que todos ellos y especialmente, la menor Valerie convivan con él y no con sus particulares madres y que necesariamente deban seguirlo al municipio donde fue trasladado.

La "Historia clínica Ambulatoria" que se acompaña de Valerie Figueroa Sanchez, está fechada el 2019-08-27 y allí se indica que desde el año 2017 no recibe transfusiones y, no se aprecia que se hubiera dado órdenes de que se le hagan otras, solo aparece la autorización de exámenes clínicos y se le dio cita de control para dentro de seis meses. Por lo que tal documento, no acredita que su padecimiento actualmente sea

Radicación interna: T – 254–2020

Código Único de Radicación: 08-001-31-53-011-2020-00062-01

una enfermedad de gravedad, que no pueda ser eventualmente tratada en un lugar diferente al Municipio de su actual residencia.

En conclusión de la documentación analizada no se extrae la circunstancia de que el traslado ordenado afecta en forma directa, evidente, grave e inminente las circunstancias de la vivencia de los menores antes mencionados, ni tampoco que ponga en peligro la Salud o la vida de los mismos o de su actual compañera permanente y teniendo en cuenta, que en principio de lo expresado en los actos administrativos correspondientes no se extrae que la accionada hubiera actuado de manera arbitraria e injustificada al momento de ordenar el traslado del accionante a la Institución Penitenciaria y Carcelaria de Apartado, no se dan las condiciones necesarias para que el presente asunto sea analizado y decidido a través de una acción de tutela, en lugar de las acciones judiciales ordinarias correspondientes, por lo que corresponde confirmar la decisión de la a quo de considerar improcedente el presente trámite.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en Sala Segunda de Decisión Civil – Familia, Administrando Justicia en Nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la sentencia del 26 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Once Civil del Circuito de Oralidad de Barranquilla. De conformidad, con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes e intervinientes, por telegrama u otro medio expedito.

TERCERO: Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

(Aprobada)

ALFREDO DE JESUS CASTILLA TORRES

(Aprobada)

CARMIÑA ELENA GONZÁLEZ ORTIZ

(Aprobada)

JORGE MAYA CARDONA