



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona
Sala Única de Decisión

ACCIÓN DE TUTELA

Pamplona, 18 de agosto de 2022

Magistrado Ponente: **NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS**

Aprobado mediante Acta No. 125

PROCESO	IMPUGNACIÓN ACCIÓN DE TUTELA
RADICADO	54-518-31-12-001-2022-00101-01
ACCIONANTE	CARLOS ALBERTO HERNÁNDEZ ALARCÓN
ACCIONADO	DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARO - INPEC

ASUNTO

Resuelve la Sala la impugnación presentada por el Accionante CARLOS ALBERTO HERNÁNDEZ ALARCÓN contra el fallo de tutela de fecha 14 de julio de 2022 proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Pamplona.

ANTECEDENTES

HECHOS¹.-

CARLOS ALBERTO HERNÁNDEZ ALARCÓN manifestó que su núcleo familiar lo conforma su cónyuge YURLEY MILENA CRUZ PÉREZ y su hija MARÍA JOSE HERNÁNDEZ CRUZ y que el domicilio familiar es el municipio de Pamplona, Norte de Santander, lugar donde labora su cónyuge y estudia su hija.

¹ Folios 1 y ss Archivo 03TutelaAnexos expediente electrónico de primera instancia enviado por el aplicativo OneDrive.

Refirió que el 8 de mayo de 2015 ingresó a laborar como empleado de carrera administrativa en el grado de dragoneante en el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC-.

Mediante Resolución No. 003150 del 5 de septiembre de 2019 proferida por la Dirección General del INPEC fue trasladado por necesidades del servicio del Complejo Penitenciario de Cúcuta, Norte de Santander, al Complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano de Bogotá, acto administrativo contra el que presentó recurso de reposición.

Relató que el 8 de octubre de 2019 le impusieron *“medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro carcelario, por los presuntos punibles dentro del radicado No. 540016001131201900165”*, por lo que estuvo privado de la libertad en el Establecimiento Carcelario de Bucaramanga aproximadamente 23 meses, donde *“inicié estudios en TECNOLOGÍA EN GESTIÓN EMPRESARIAL, por convenio entre el INPEC – FITEC (Institución de Educación Superior).*

Indicó que con Resolución No. 004679 del 25 de octubre de 2019, la Dirección General del INPEC lo suspendió provisionalmente en el ejercicio del cargo.

Refirió que mediante Resolución No. 004909 de fecha 8 de noviembre de 2019 se resolvió el recurso de reposición confirmando la orden de traslado, advirtiendo que *“para esta fecha en que se expide el acto administrativo Resolución 004909, me encontraba con detención preventiva en centro carcelario y ya había sido suspendido provisionalmente como empleado público (...).”*

Manifestó que ante la decisión judicial de libertad por vencimiento de términos, el 28 de septiembre de 2021 solicitó su reintegro laboral, solicitando la reincorporación para el municipio de Pamplona *“debido a que en este municipio está domiciliado mi núcleo familiar (cónyuge e hija), quienes dependen económicamente de mí para su sustento, también por mi salud mental por el tiempo que duré separado de ellas y por estar cerca de la ciudad de Cúcuta, ciudad donde se lleva a cabo el proceso penal en el que sigo vinculado”*.

Por medio de correo electrónico de 28 de octubre de 2021 indicó que el Grupo de Asuntos Laborales Subdirección de Talento Humano del INPEC le solicitó que *“debe*

indicar como mínimo 03 establecimientos de reclusión al cual requiere ser reintegrado, en razón a que se debe realizar un estudio de necesidad del servicio”, requerimiento que cumplió en la misma fecha anotando los establecimientos penitenciarios de Pamplona, Cúcuta y Bucaramanga.

Señaló que mediante Resolución No. 0100301 del 28 de diciembre de 2021 de la Dirección General del INPEC se ordenó el levantamiento de la suspensión provisional y se ordenó su reintegro a la Cárcel y Penitenciaria de Media Seguridad de Bucaramanga, Santander, a donde ingresó a laborar una vez notificada la decisión.

Refirió que por medio de correo electrónico solicitó traslado a la cárcel de Pamplona por acercamiento familiar, mismo del que nunca obtuvo respuesta.

Expuso que el 25 de marzo de 2022 se expidió la Resolución No. 002046 por medio de la cual se revocó la Resolución No. 010301 del 28 de diciembre de 2021, la cual estableció que el lugar de prestación del servicio sería el Complejo Penitenciario de Mínima, Media y Alta Seguridad de Bogotá, resolución que recurrida, fue confirmada mediante Resolución No. 003586 del 11 de mayo de 2022.

Considera “la Resolución 002046 del 25 de marzo de 2022, el INPEC entra a revivir la Resolución 003150 del 09 de agosto de 2019 que había perdido fuerza ejecutoria, debido a que se había expedido con posterioridad otra “Resolución” (Resolución 004679 del 25 octubre de 2019, en la que se me suspende provisionalmente del empleo público, en ocasión a la medida de aseguramiento)”.

Agregó que “El día 10 de junio de hogaño, me es notificado por correo electrónico, oficio de presentación No. 2022IE0104256 de la Cárcel Modelo de Bucaramanga (CPMSBUC), dirigido al director del Complejo Penitenciario y Carcelario de Bogotá, para que me presente y cumpla el traslado en la ciudad de Bogotá, y presentarme a laborar allí el día 01 de julio del año avante, a las 07:00 a.m. “presuntamente de no hacerlo se me inician acciones disciplinarias”.

Considera que con el traslado a la ciudad de Bogotá “*se configura para mi hija como un quebrantamiento al desarrollo esencial de la infancia y más cuando mi hija estuvo 23 meses apartada del apoyo moral y psicológico que no pude brindarle, pero que por motivos de la medida intramural me fue imposible (...)*”

Refirió además que se encuentra cursando quinto semestre de tecnología en Gestión Empresarial, en el convenio educativo IMPEC-FITEC, institución educativa que no tiene sede en la ciudad de Bogotá.

PETICIONES².

Solicitó el amparo del “*Derecho a la Dignidad Humana, Derecho a la Unidad Familiar y los Derechos del menor a tener una familia, Derecho al Trabajo Digno, Derecho a la Igualdad, Derecho al Debido Proceso, Derecho a la Educación y a su goce efectivo*”, en consecuencia,

(...)

2. SEGUNDO: En protección a los derechos fundamentales invocados, TUTELAR COMO MECANISMO TRANSITORIO, los derechos humanos fundamentales solicitados por medio de la presente acción, DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA, DERECHO DE LOS NIÑOS, DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR Y LOS DERECHOS DEL MENOR A TENER UNA FAMILIA, DERECHO AL TRABAJO DIGNO, DERECHO A LA IGUALDAD, DERECHO AL DEBIDO PROCESO, DERECHO A LA EDUCACIÓN Y A SU GOCE EFECTIVO, y los que estime el Despacho, en garantía de prevalencia de los derechos de los menores o niñas, consagrados Constitucionalmente y que derivan de la actuación desplegada por el Director General del INPEC, mediante acto administrativo Resolución número 003586 del 11 de mayo de 2022, con el fin de evitar un perjuicio irremediable por afectación a los derechos humanos fundamentales del suscrito y de mi menor hija MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ CRUZ.

3. TERCERO: En protección a los derechos fundamentales invocados, SE ORDENE al DIRECTOR GENERAL del INPEC -Brigadier General TITO YESID CASTELLANOS TUAY; Trasládarme a otro centro carcelario de la misma ciudad de Bucaramanga o en su defecto al Establecimiento Carcelario de Pamplona Norte de Santander; Establecimientos carcelarios, “menos distantes a mi núcleo familiar”.

² Folio 13 id.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA

El 30 de junio de 2022³ la *A quo* admitió la acción de tutela presentada por CARLOS ALBERTO HERNÁNDEZ ALARCÓN en nombre propio y en representación de su menor hija MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ CRUZ contra EL DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, corrió traslado por el término de dos días para ejercitar el derecho de defensa, tuvo como pruebas los anexos presentados con la acción de tutela y solicitó de manera oficiosa informes al ente accionado, al INPEC BUCARAMANGA y al Instituto FITEC, además negó la medida provisional solicitada.

El 14 de julio de 2022 decidió la acción constitucional⁴.

RESPUESTA A LA ACCIÓN

Por medio del Coordinador del grupo de tutelas de la oficina asesora jurídica, la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC considera que no se cumple con el requisito de subsidiariedad por cuanto se *“cuenta con un recurso que es idóneo y eficaz en el presente caso, como es la Jurisdicción contencioso administrativa, además la accionante no demuestra de manera suficiente la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable generado por la expedición de la resolución que ataca”*.

Argumentó que *“el traslado de los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, resulta indispensable para el adecuado cumplimiento de los fines del sistema penitenciario, pues con ello se busca mantener y garantizar el orden, la seguridad, la disciplina, los programas de resocialización y la custodia y vigilancia de los reclusos (artículo 118 del decreto 407 de 1994)”*.

Además, señaló que *“El Decreto Ley 407 de 1994, faculta al Director General del INPEC, para determinar el sitio de trabajo de sus empleados, de acuerdo a la planta global de la Entidad”*.

Luego de hacer referencia al manual de traslados de la entidad solicitó:

³ Archivo 06AutoAdmiteTutela.

⁴ Archivo 12FalloTutela.

DECLARAR improcedente la acción constitucional al no satisfacerse el requisito de subsidiariedad.

NEGAR el amparo tutelar deprecado por el accionante frente a la DIRECCIÓN GENERAL DEL INPEC, toda vez que no se advierte conducta alguna que pueda colegirse la vulneración o puesta en peligro de los derechos fundamentales referidos; en consecuencia, solicito se **DESVINCULE a la DIRECCIÓN GENERAL DEL INPEC** de la presente acción de tutela.

SENTENCIA IMPUGNADA⁵.-

Mediante fallo de fecha 14 de julio de 2022 el Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de esta municipalidad resolvió negar por improcedente la acción de tutela.

Consideró que *“el mecanismo idóneo para resolver la discusión que se plantea, es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que, contempla el art. 138 de la Ley 1437 de 2011, por ser el instrumento previsto para desatar las controversias que, se suscitan con relación a los actos administrativos, esto es, el escenario propio y natural para el efecto, donde además el afectado desde la presentación de la demanda, puede solicitar medidas cautelares, entre ellas la suspensión provisional de los efectos del acto, conforme lo regulan los artículos 229 y 230 ibidem.”.*

Tampoco encontró acreditada *“la existencia de un perjuicio irremediable, toda vez que, el actor desde que asumió su cargo era conocedor que, este pertenece a una planta global y que, en virtud de ello, puede ser trasladado a cualquier lugar del país por las necesidades del servicio; ello implica que, tanto él como su familia deben estar dispuestos a las posibles reubicaciones que se requieran para mantener la unidad familiar. Tampoco se demostró la posible afectación psicológica de la menor y en cuanto al derecho a la educación del actor y de asistir a diligencias judiciales, es claro que, cuenta con la posibilidad de solicitar permisos o licencias para este fin o de continuar sus estudios y acudir a las audiencias a través de medios virtuales”.*

⁵ Archivo 12FalloTutela.

IMPUGNACIÓN⁶-

Fue presentada por el Accionante en nombre propio y en representación de su menor hija MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ CRUZ, insiste en que *“el traslado es una carga desproporcionada para mi familia; por tal motivo deriva el rompimiento de los vínculos familiares”*, y reitera que su cónyuge trabaja en la Alcaldía Municipal de Pamplona y su menor hija estudia en el mismo municipio.

Respecto al principio de subsidiariedad señaló que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho *“Si bien es sabido que es el mecanismo idóneo, este tardaría más de dos años en haber un fallo; por ende, durante este tiempo estarían vulnerados mis derechos y los de mi hija, como el derecho a la unidad familiar y derechos del menor”*.

CONSIDERACIONES

Competencia. -

Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación de la presente acción de tutela según lo establecido por el artículo 86 de la constitución Política de Colombia, artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991 y por lo dispuesto en el decreto 1983 de 2017 modificado por el Decreto 333 de 2021.

De la acción de tutela.-

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Nacional, toda persona puede ejercer la acción de tutela mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, siempre que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares.

La acción de tutela resulta procedente cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz para la protección de sus derechos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable.

⁶ Archivo 14Impugnación.

Se ha reiterado que este resguardo de defensa no fue establecido para sustituir o desplazar las competencias exclusivas de las autoridades judiciales o administrativas, pues, mientras las personas tengan a su alcance instrumentos ordinarios de defensa judicial o los mismos estén siguiendo su curso normal, no es dable acudir a esta acción constitucional, a menos que la tutela se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Cumplimiento de los Requisitos Generales de Procedencia de la Acción de Tutela.-

Previo a abordar si existe la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados, se examinará si la acción de tutela presentada por CARLOS ALBERTO HERNÁNDEZ ALARCÓN en nombre propio y en representación de la niña MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ CRUZ, satisface los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, a saber: (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva, (ii) la inmediatez y (iii) la subsidiariedad⁷. De cumplirse dichos requisitos, se procederá a analizar de fondo el asunto.

Legitimación en la Causa. –

Este requisito de procedencia tiene por finalidad garantizar que quien interponga la Acción tenga un *“interés directo y particular”*⁸ respecto de las pretensiones elevadas, de manera que el juez constitucional pueda verificar que *“lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro”*⁹. A su vez, esta acción debe ser ejercida en contra del sujeto responsable de la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sea este una autoridad pública o un particular¹⁰.

Por activa tenemos que la acción de tutela fue interpuesta por CARLOS ALBERTO HERNÁNDEZ ALARCÓN en nombre propio y en representación de su menor hija MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ CRUZ, por considerar que el DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC- les vulneran sus derechos fundamentales a *“Derecho a la Dignidad Humana, Derechos*

⁷ Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T 511 de 2017.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T 176 de 2011.

¹⁰ T 091 de 2018, *op.cit.*

de los Niños, Derecho a la Unidad Familiar y los Derechos del menor a tener una familia, Derecho al Trabajo Digno, Derecho a la Igualdad, Derecho al Debido proceso, Derecho a la Educación y a su goce efectivo”, lo anterior con la decisión adoptada en la Resolución No. 03586 del 11 de mayo de 2022 por medio de la cual se confirmó la Resolución No. 02046 del 25 de marzo de 2022 la cual dispuso “Modificar la Resolución No. 010301 de 28 de diciembre de 2021, en lo que tiene que ver con el centro de costo (sic) en el cual el señor CARLOS ALBERTO HERNÁNDEZ ALARCON, identificado con cedula de ciudadanía No. 1094266808, titular del empleo Dragoneante código 4114 grado 11, prestará sus servicios, el cual en adelante será el Complejo de Mínima, Media y Alta Seguridad de Bogotá”, encontrando así acreditada la legitimidad para interponer la acción de tutela por ser el titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, además el representante de la menor.

Por pasiva, está la Dirección GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC, entidad pública de quien su actuar en el ámbito de su competencia es el objeto de la acción en estudio.

Conforme a lo analizado se encuentra acreditado este requisito.

Inmediatez. –

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable computado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Este requisito tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como *“un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados”*¹¹.

Con el fin de orientar la labor del juez de tutela, la jurisprudencia constitucional ha identificado cinco criterios que ayudan a determinar, en cada caso, el cumplimiento del requisito de inmediatez¹².

¹¹ Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

¹² *“(i) la situación personal del peticionario, que puede hacer desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve; (ii) el momento en el que se produce la vulneración, ya que pueden existir casos de violación permanente de derechos fundamentales; (iii) la naturaleza de la vulneración, pues la demora en la presentación de la tutela puede estar relacionada, precisamente, con la situación que, según el accionante, vulnera sus derechos fundamentales; (iv) la actuación contra la que se dirige la tutela, ya que si se trata de una providencia judicial, el análisis debe ser más estricto, y (v) los efectos de la tutela en los derechos de terceros, quienes tienen la expectativa legítima de que se proteja su seguridad jurídica”*. Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

Al estudiar el cumplimiento de dicho requisito en el caso *sub júdice*, la Sala lo encuentra acreditado atendiendo que la presunta vulneración se presentó con la Resolución No. 03586 del 11 de mayo de 2022, como se acudió a la acción de tutela el 29 de junio de 2022, es decir, aproximadamente un mes y quince días después, dicho término resulta razonable para acudir a la vía constitucional, atendiendo que la Corte Constitucional ha sostenido que ante la inexistencia de un término definido, se ha considerado que el plazo oportuno generalmente es de seis meses, luego de lo cual podría declararse la improcedencia de la tutela¹³.

Subsidiariedad. –

Sobre este criterio, que controla el ejercicio suplementario de la acción de tutela, ha señalado la Corte Constitucional:

44. La acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial efectivo para la protección de sus derechos fundamentales o, en caso de existir tal recurso judicial, se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El carácter subsidiario de esta acción “impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional¹⁴.

Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos.

En los casos en lo que se pretende controvertir un acto administrativo la procedencia de la acción de tutela es excepcional, por cuanto no es el mecanismo principal para debatirlos, además de estar revestidos por una presunción de legalidad¹⁵. No obstante, la procedencia de la acción de tutela frente a actuaciones de la administración se habilita en los casos en los cuales la vía contencioso administrativa no es idónea o eficaz para remediar la vulneración alegada¹⁶.

¹³ Sentencias T-328 de 2010 y T-1063 de 2012.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

¹⁵ Sentencia T-239 de 2019.

¹⁶ En este sentido pueden consultarse las sentencias T-051 de 2016, T-154 de 2018, T-239 de 2019, T-385 de 2019, entre otras.

También señala la Corte Constitucional que *“es posible acudir al mecanismo de amparo constitucional, cuando se compruebe que de la aplicación o ejecución de un acto de esta naturaleza se origina la vulneración o amenaza a algún derecho fundamental de una persona determinada o determinable, y siempre que se trate de conjurar la posible configuración de un perjuicio o daño irremediable en los términos definidos por la jurisprudencia constitucional”*¹⁷.

Aun cuando el legislador estableció la jurisdicción contenciosa administrativa como la vía principal para debatir las controversias que se susciten entre la administración y los asociados, en casos excepcionales se habilita la competencia excepcional del juez de tutela, particularmente cuando se pretenda evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable o cuando ese mecanismo ordinario no resulta idóneo o eficaz para conjurar la vulneración de derechos fundamentales.

El máximo Tribunal constitucional, en abundante jurisprudencia¹⁸, ha desarrollado una línea de interpretación uniforme que, en primer lugar, ratifica la regla general según la cual la acción de tutela no es el mecanismo idóneo y apropiado para controvertir actos cuya naturaleza sea general, impersonal y abstracta, resultando en estos casos improcedente¹⁹, y en segundo lugar admite que, excepcionalmente es procedente cuando existe un perjuicio irremediable.

Para efectos de ponderar la subsidiariedad, no puede perderse de vista que la jurisprudencia constitucional ha dado realce al efecto preventivo, conservativo anticipativo o de suspensión de las medidas cautelares²⁰ disponibles en el ejercicio de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho²¹, argumento

¹⁷ Sentencia C-132 de 2018

¹⁸ Entre otras, las sentencias SU-037 de 2009, T-111 de 2008, T-1073 de 2007 y T-645 de 2006.

¹⁹ Sentencia SU-1052 de 2000, entre otras

²⁰ *“Igualmente, después de realizar un estudio de la manera como se encuentran reguladas en la Ley 1437 de 2011, ha señalado que las medidas cautelares que pueden solicitarse en el marco de los procesos iniciados con base en las acciones previstas en la mencionada ley tienen esas mismas características por su naturaleza preventiva, conservativa anticipativa o de suspensión. Por esta razón, resulta en principio improcedente la acción de tutela contra actuaciones de la administración cuando no se ha presentado una acción contenciosa en la cual se pueden solicitar medidas cautelares. Al respecto, ha dicho que “[p]or regla general, es improcedente la acción de tutela contra actos administrativos, por cuanto los medios de control y las medidas cautelares establecidos en la Ley 1437 de 2011 se presumen idóneos y eficaces para adelantar el control de legalidad de dichos actos”.*

²¹ Artículo 229 CPCA. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

PARÁGRAFO. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

adicional para establecer la inviabilidad de la acción de tutela contra actos administrativos²².

Sentado lo anterior, corresponde aclarar aquellos eventos en que la jurisprudencia constitucional ha determinado un perjuicio como irremediable²³. En relación a este tema, la Corte Constitucional ha explicado que tal concepto “*está circunscrito al grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables, para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho*”.²⁴

Asimismo, esa alta Corporación ha señalado como elementos configurativos del perjuicio irremediable los siguientes:

A). **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. (...).

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. (...).

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. (...).

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. (...)²⁵.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha elaborado varios criterios para determinar su existencia que se resumen en la inminencia, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad de la intervención²⁶.

²² Corte Constitucional, sentencia T 302 de 2019.

²³ Entre otras, sentencias T-743 de 2002, T-596 de 2001 y T-215 de 2000

²⁴ Sentencia SU-617 de 2013

²⁵ Sentencia T-225 de 1993

²⁶ Sentencia SU-712 de 2013

La inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados²⁷.

En jurisprudencia reiterada, la citada alta Corporación, ha expuesto el alcance del perjuicio irremediable en los siguientes términos:

En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable²⁸.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable, debe efectuarse teniendo en consideración las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan.

²⁷ Sentencia T-225 de 1993, reiterada en la sentencia SU-617 de 2013

²⁸ Sentencia T-1316 de 2001. Estos criterios fueron fijados desde la Sentencia T-225 de 1993 y han sido reiterados en las Sentencias C-531 de 1993, T-403 de 1994, T-485 de 1994, T- 015 de 19 95, T-050 de 1996, T-576 de 1998, T-468 de 1999, SU-879 de 2000, T-383 de 2001, T-743 de 2002, T-514 de 2003, T-719 de 2003, T-132 de 2006, T-634 de 2006, T-629 de 2008, T-191 de 2010 y de forma más reciente en la sentencia SU-712 de 2013.

Requisito de Subsidiariedad respecto de reubicación de trabajadores del Estado.-

1.- La Corte Constitucional al revisar una acción de tutela semejante a la que aquí se resuelve, estableció unas reglas específicas sobre el requisito de subsidiariedad cuando se está frente a la reubicación de un trabajador del estado y señaló:

11.- El ordenamiento jurídico colombiano contempla varios mecanismos de defensa judicial para salvaguardar los derechos laborales. Su protección está a cargo de las jurisdicciones ordinaria laboral o contencioso administrativa, según el caso. Por lo tanto, esta Corporación ha señalado que la acción de tutela, en principio, no es procedente para debatir los asuntos propios de la relación legal y reglamentaria de los servidores públicos. En consecuencia, por regla general la acción de tutela es improcedente para controvertir decisiones relacionadas con la reubicación de trabajadores del Estado.

No obstante, la Corte ha expresado que la vía contencioso administrativa no es un medio adecuado, eficaz e idóneo cuando: i) se busca impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable que vulnera o amenaza derechos fundamentales o, ii) “*el objeto de análisis del juez ordinario de una orden de traslado no verifica la vulneración de derechos fundamentales sino la legalidad de la orden*”. En ese sentido, la vía ante la jurisdicción contencioso administrativa será desplazada en forma definitiva por la jurisdicción constitucional cuando el medio de control no protege los derechos fundamentales afectados o, lo será en forma transitoria, cuando se requiere la intervención urgente del juez constitucional para evitar que se presente un perjuicio irremediable contra los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

12. Por lo tanto, este Tribunal ha señalado que un acto de traslado laboral vulnera o amenaza derechos fundamentales cuando:

(i) sea ostensiblemente arbitrario, en el sentido que haya sido adoptado sin consultar en forma adecuada y coherente las circunstancias particulares del trabajador, e implique una desmejora de sus condiciones de trabajo; y (ii) afecte de una forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar.

En relación con este último presupuesto, la Corte Constitucional ha aclarado que *prima facie* la afectación grave de un derecho fundamental se presenta cuando:

a) La decisión sobre traslado laboral genera serios problemas de salud, especialmente porque en la localidad de destino no existan las condiciones para brindar el cuidado médico requerido;

- b) La decisión sobre traslado pone en peligro la vida o la integridad del servidor o de su familia;
- c) Las condiciones de salud de los familiares del trabajador pueden incidir, dada su gravedad e implicaciones, en la decisión acerca de la procedencia del traslado;
- d) La ruptura del núcleo familiar va más allá de la mera separación transitoria y de la razonabilidad de la carga que se impone con el traslado²⁹.

2.- El acto administrativo cuestionado en esta acción es la Resolución No. 03586 del 11 de mayo de 2022, por medio de la cual el Director General del INPEC resolvió *“NO REPONER y en consecuencia CONFIRMAR el contenido de la Resolución No. 002046 del 25 de marzo de 2022, por la cual se modifica la Resolución No. 010301 del 28 de diciembre de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución”*.

La Resolución No. 02046 del 25 de marzo de 2022 resolvió *“Modificar la Resolución No. 010301 de 28 de diciembre de 2021, en lo que tiene que ver con el centro de costo (sic) en el cual el señor CARLOS ALBERTO HERNANDEZ ALARCÓN, identificado con cedula de ciudadanía No. 1094266808, titular del empleo Dragoneante código 4114 grado 11, prestará sus servicios, el cual en adelante será el Complejo Penitenciario de Mínima, Media y Alta Seguridad de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva”*.

CARLOS ALBERTO HERNANDEZ ALARCÓN, cuestiona dicha decisión porque considera vulnerado *“especialmente el derecho a la Unidad Familiar, porque mi cónyuge y mi hija menor de edad, se encontraban domiciliadas en el municipio de Pamplona Norte de Santander, además mi hija cursa actualmente cuarto año de educación básica primaria en el mismo municipio (...)”*

3.- Conforme a lo anotado se precisa que frente a los actos administrativos Resoluciones No. 02046 del 25 de marzo de 2022 y 03586 del 11 de mayo de 2022 expedidas por el Director General del INPEC, que hacen relación a un traslado para prestar el servicio de un empleado público, por regla general no es procedente la acción de tutela, por cuanto existe el mecanismo judicial idóneo para resolver el planteamiento esbozado en el presente trámite, cual es el medio de control de

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T 468 de 2020.

nulidad y restablecimiento del derecho incorporado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 y si bien el impugnante alega que dicho trámite ante la jurisdicción contencioso administrativo es demorado, debe indicarse que, para contrarrestar efectos ilegales de inmediata atención, existe la figura de las medidas cautelares, de las cuales se hace uso desde la presentación de la demanda.

4.- No obstante, es viable la remoción excepcional de la acción contenciosa administrativa prevalente de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, si se establece la necesidad que la acción de tutela sea usada como un mecanismo que contrarreste la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Conforme a las reglas establecidas por la jurisprudencia sobre la reubicación de los trabajadores del estado, se tiene que *“un traslado viola o pone en peligro derechos fundamentales cuando i) es arbitrario en la medida en que no consulta en forma adecuada las circunstancias particulares del trabajador y ii) en principio, afecta de manera grave y directa sus derechos fundamentales o los de su núcleo familiar”*.

En el libelo inicial el Accionante acotó así lo que a su juicio constituía el perjuicio irremediable:

Por lo anterior se tiene, que el traslado laboral es un hecho con la expedición del acto administrativo expedido por la Dirección General del INPEC constituye por sí solo un daño que pone en inminente riesgo derechos humanos fundamentales protegidos por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Colombia, no solo en tema de derechos y garantías laborales sino de los derechos y garantías fundamentales de los menores y la familia, lo que lleva de ipso facto, a la pérdida de la unión familiar y el derecho de la menor a tener una familia; además la pérdida del derecho a terminar mis estudios como derecho a la educación, entre otros.

En el escenario de excepcionalidad de la acción de tutela contra actos administrativos, y tratándose específicamente de los atinentes al traslado de empleados, tenemos que no se satisface ninguno de los requisitos de prosperidad extraordinaria ya referidos como que el cambio de sede genere *“serios problemas de salud”*, *“pone en peligro la vida o la integridad del servidor o de su familia”*, o que *“Las condiciones de salud de los familiares del trabajador pueden incidir, dada su gravedad e implicaciones, en la decisión acerca de la procedencia del traslado”*.

Si bien es palpable que el traslado a la ciudad de Bogotá genera inconvenientes al Accionante, éstos son, en términos jurisprudenciales, inherentes a la “*mera separación transitoria*”, sin que se haya planteado (y menos demostrado), que confluye un escenario inusual que amerite la remoción del mecanismo ordinario contencioso administrativo por parte de la acción de tutela.

Por lo tanto, al no existir sustento fáctico que en línea con los precedentes jurisprudenciales antecitados permita desplazar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción de tutela es improcedente en virtud de su carácter residual y subsidiario exigido por el artículo 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991.

En mérito de lo expuesto, LA SALA ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

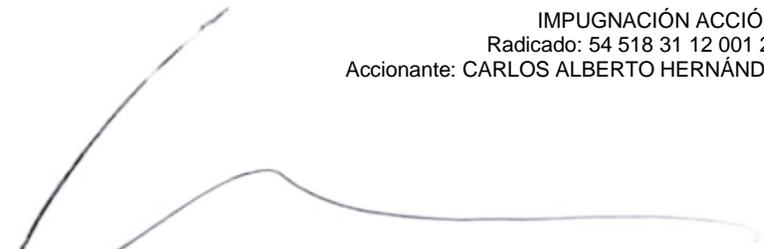
PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido el 14 de julio de 2022 por el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO CON CONOCIMIENTO EN ASUNTOS LABORALES DE PAMPLONA, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: COMUNICAR lo decidido a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo.

La presente decisión fue discutida y aprobada en Sala virtual del día 18 de agosto de 2022.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS
Magistrado



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO
Magistrado

JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
Magistrado
(En permiso)