

TRASLADO LABORAL – Procedencia de la tutela

En principio, la acción de tutela sería improcedente, pues la actora cuenta con otro medio de defensa judicial para cuestionar la resolución que la trasladó al municipio de Ancuya. Sin embargo, por tratarse de un concurso de méritos en que la actora obtuvo el derecho, cuyo reconocimiento recortado lo haría nugatorio, no se halla que un proceso judicial ordinario contra el acto de traslado sería la solución efectiva y oportuna del caso. El proceso ordinario supone trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y, por lo mismo, un proceso dilataría y mantendría en el tiempo la violación del derecho fundamental que requiere protección inmediata.

DERECHOS DE LOS NIÑOS – Derechos fundamentales. Derecho a la familia: unidad familiar

Según el artículo 44 de la Constitución Política 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. En el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella se encuentra el concepto de unidad familiar. La Corte Constitucional ha establecido que la unidad familiar busca el contacto directo o la cercanía física permanente del niño con su familia y sobre todo con sus padres y, además, implica tanto la cercanía física como la anímica. (...) Se puede concluir que sólo cuando existan razones con respaldo en norma jurídica o decisión judicial o de un defensor o comisario de familia, puede afectarse la unidad familiar, de lo contrario, se vulneraría el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella. Dicho de otro modo, las autoridades que deban tomar medidas de tipo laboral deben conducirse de tal modo que no afecten o afecten de forma mínima los derechos de los niños a la unidad familiar.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 44

NOTA DE RELATORIA: Sobre la unidad familiar: Corte Constitucional, sentencia T-165 de 2004

FISCALIA GENERAL DE LA NACION – Planta de personal global y flexible. Traslados laborales / TRASLADO LABORAL EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION – No pueden vulnerarse derechos fundamentales de los niños

Del análisis del expediente, la Sala observa que el Fiscal General de la Nación (e), mediante Resolución 0569 del 16 de marzo de 2010, nombró en periodo de prueba a la señora Mónica Guerrero como Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos en la Dirección de Fiscalías de Pasto (fls. 60 a 74). Posteriormente, mediante resolución 0153 del 15 de abril de 2010, el Director Seccional de Fiscalías de Pasto trasladó a la señora Guerrero al municipio de Ancuya. Ahora bien, la Sala no desconoce que la planta de personal de la Fiscalía es global y flexible y que, en consecuencia, permite que las personas que conforman el talento humano puedan ser trasladadas a cualquier lugar del país de acuerdo con las necesidades del servicio. Sin embargo, la facultad discrecional de la Fiscalía para modificar la ubicación territorial de los funcionarios no puede ejercerse de manera arbitraria ni mucho menos puede llegar al extremo de vulnerar derechos fundamentales de los niños. En conclusión, dicha facultad debe ejercerse con prudencia, razonabilidad, y deben tenerse en cuenta las condiciones específicas de cada caso, en especial para salvaguardar la igualdad de trato, la

eficiencia y el derecho a la unidad familiar. Respecto de la situación concreta de la señora Guerrero, en el expediente se encuentra probado que la actora es madre de dos hijos de 4 y 10 años de edad, quienes se encuentran estudiando en instituciones educativas ubicadas en la ciudad de Pasto. Que el esposo de la actora trabaja en la Policía Nacional - Seccional de Investigación Criminal de Tumaco. Y que esas circunstancias implican que es la demandante quien debe cuidar de sus menores hijos. En consecuencia, considera la Sala que el traslado de la actora al municipio de Ancuya afecta los derechos fundamentales de los niños Raúl Fernando y Andrés Camilo Enríquez Guerrero, en razón de que rompe el núcleo familiar de los menores y afecta la armonía y unidad familiar a las que constitucionalmente tienen derecho.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Magistrado Ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá, veintisiete (27) de mayo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00091-01(AC)

Actor: MONICA JANNETH GUERRERO CHAMORRO

Demandado: COMISION NACIONAL DE ADMINISTRACION DE LA CARRERA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y OTROS

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por la actora contra la sentencia del 26 de abril de 2010, proferida por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, que resolvió:

“PRIMERO: Denegar por improcedente la acción de tutela instaurada por la Doctora MONICA JANNETH GUERRERO CHAMORRO en contra de la Fiscalía General de la Nación, la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía General de la Nación y la Dirección Seccional de Fiscalías de Pasto.

[...]

I. ANTECEDENTES

A. Pretensiones

La actora reclama la protección de los derechos fundamentales de igualdad, trabajo, *“justicia y transparencia igualmente el derecho de mis hijos a una familia, a no ser separados de ella, al cuidado y al amor”*, que considera vulnerados por la entidad demandada.

La demandante formuló las pretensiones así:

“Ordenar a la Dirección Seccional de Fiscalías de la ciudad de Pasto, representada por el Dr. ÁLVARO LARA, que en el término de 48 horas proceda a establecer mi ubicación como Fiscal delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos Municipales en la ciudad de Pasto, atendiendo el orden riguroso en que deben proveerse los cargos vacantes por el puntaje final obtenido en la lista de elegibles.”

B. Hechos

De los hechos narrados por la señora Mónica Janneth Guerrero Chamorro se advierten como relevantes los siguientes:

- Que se inscribió en el concurso abierto por la Comisión de la Carrera Administrativa de la Fiscalía General de la Nación, para proveer el cargo de Fiscal delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos Municipales, en la seccional de Pasto.
- Que, mediante Acuerdo 032 del 30 de diciembre de 2009, la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía General de la Nación publicó el registro definitivo de elegibles, en el que ocupó el puesto 689 a nivel nacional y el séptimo en el departamento de Nariño.
- Que, mediante resolución 0569 del 16 de marzo de 2010, la Fiscalía General de la Nación la nombró en periodo de prueba en el cargo de Fiscal delegada ante los Juzgados Municipales y Promiscuos Municipales, en la seccional de Pasto.
- Que, mediante resolución 0153 del 15 de abril de 2010, proferida por el Director Seccional de Fiscalías de Pasto, fue trasladada al Municipio de Ancuya.
- Que, por lo anterior, la entidad demandada ha vulnerado el derecho de sus dos hijos de 4 y 10 años de edad a tener una familia y a no ser separados de ella.
- Que interpone la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable, en razón de que, en su caso, se necesita una medida inmediata, que no puede ser resuelta en corto tiempo mediante otro tipo de acciones ordinarias.

C. Intervención de la entidad demandada

a. Fiscalía General de la Nación

El Jefe de la Oficina Jurídica (e) de la Fiscalía General de la Nación solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación es global y flexible y que, por tanto, el concurso no se realizó a nivel seccional sino nacional. Que los nombramientos se realizan en estricto orden de méritos, es decir, de manera descendente y que el hecho de no nombrar a la actora en la ciudad de su preferencia no implica que se esté desconociendo dicho orden.

Por otra parte, dijo que si la demandante no está conforme con la decisión del Director Seccional de Fiscalías de Pasto tiene a su disposición otro medio de defensa, esto es, que puede ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto que la trasladó al municipio de Ancuya, acción con la que puede pedir la suspensión provisional de dicho acto.

b. Dirección Seccional de Fiscalías de Pasto

El Director de la Seccional de Fiscalías de Pasto se opuso a las pretensiones de la demanda.

Manifestó que los participantes del concurso de méritos previamente fueron informados de que la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación es global y flexible y que los interesados al inscribirse al concurso aceptaron tales condiciones. En consecuencia, que tenían conocimiento de que no estaban concursando por sedes sino por cargos.

También dijo que la ubicación en el cargo se dio de acuerdo a las competencias asignadas al Fiscal General de la Nación y a sus delegados en las Direcciones Seccionales, teniendo en cuenta las necesidades del servicio.

c. Comisión Nacional de Administración de la Carrera.

El Profesional Especializado I, Coordinador del Grupo de Carrera de la Oficina de Personal, solicitó que se negaran las pretensiones de la acción de tutela.

Sostuvo que el concurso de méritos se realizó de conformidad con el carácter global y flexible de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, que otorga la facultad de reubicar a los servidores públicos de conformidad con las necesidades del servicio. Que las convocatorias del concurso de méritos y el respectivo registro definitivo de elegibles se realizaron a nivel nacional y no por departamentos.

D. Fallo impugnado

La Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, en sentencia del 26 de abril de 2010, negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la actora.

El Tribunal consideró que si la actora no está conforme con la resolución que dispuso su traslado puede ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, además, pedir la suspensión provisional de dicha resolución.

Adujó que excepcionalmente procede la acción de tutela como mecanismo transitorio cuando se acredita un perjuicio irremediable, pero que, en este caso, no se acreditó dicho perjuicio, toda vez que no hubo una afectación grave o inminente de los derechos fundamentales invocados por la actora.

- La magistrada Beatriz Isabel Melodelgado Pabón salvó el voto. Consideró la magistrada que, en el caso de la señora Guerrero Chamorro, no se trata de violaciones del orden legal, que pueden ser demandadas mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino que se trata de vulneraciones a derechos fundamentales, que no solamente afectan a la actora sino a toda su familia. En consecuencia, estimó que la acción de tutela era el medio eficaz para proteger los derechos fundamentales que invocó la actora y que, por tanto, ha debido concederse el amparo.

E. Impugnación

Sin sustentación, la actora impugnó el fallo del 26 de abril de 2010.

II. CONSIDERACIONES

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, permite a todas las personas reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos señalados por la ley. Procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En todo caso, el mecanismo de defensa judicial ordinario debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues de lo contrario, el juez constitucional deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado.

En el *sub examine*, la actora reclama la protección de los derechos fundamentales de igualdad, trabajo, “*justicia y transparencia igualmente el derecho de mis hijos a una familia, a no ser separados de ella, al cuidado y al amor*”, que considera vulnerados por la Fiscalía General de la Nación. En consecuencia, pide que se le ordene a dicha entidad que la nombre en el cargo de Fiscal delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos Municipales, pero en la ciudad de Pasto, y no en Ancuya, lugar al que fue trasladada.

En principio, en el sub examine la acción de tutela sería improcedente, pues la actora cuenta con otro medio de defensa judicial para cuestionar la resolución que la trasladó al municipio de Ancuya. Sin embargo, por tratarse de un concurso de méritos en que la actora obtuvo el derecho, cuyo reconocimiento recortado lo haría nugatorio, no se halla que un proceso judicial ordinario contra el acto de traslado sería la solución efectiva y oportuna del caso. El proceso ordinario supone trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y, por lo mismo, un proceso dilataría y mantendría en el tiempo la violación del derecho fundamental que requiere protección inmediata. Por ende, la Sala examinará si, en el presente caso, se presenta la aludida vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados por la actora. Para tal efecto, se estudiarán (i) las normas que regulan la convocatoria del concurso de méritos que se realizó en la Fiscalía General de la Nación, se hará referencia a (ii) los derechos fundamentales de los niños y, finalmente, se analizará (iii) el caso concreto.

I. Del concurso de méritos en la Fiscalía General de la Nación

En cuanto al concurso de méritos de la Fiscalía, el artículo 59 de la ley 938 de 2004, por la que se expidió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, clasificó los tipos de empleos en esa entidad como de carrera o de libre nombramiento y remoción.

Respecto del régimen especial de carrera de la Fiscalía, el artículo 60 de esa ley dispuso la “*Estructura institucional del régimen de carrera*”. En dicho artículo se estableció que la Fiscalía General de la Nación tiene su propio régimen de carrera que es administrado y reglamentado en forma autónoma, sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación del desempeño. Además, estableció que esa administración y reglamentación le corresponde a la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía.

Como consecuencia de lo anterior, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía, mediante Acuerdo 001 de 2006, reglamentó el proceso de selección y concurso de méritos en la Fiscalía. En el artículo 7 de dicho acuerdo, se estableció que la convocatoria es norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección y vinculante frente a la Fiscalía y a los participantes.

Asimismo, el artículo 11 estableció que, en el momento de la inscripción al concurso de méritos, los participantes podrían indicar la ubicación geográfica de su preferencia, pero que dicha manifestación no es obligatoria para la Fiscalía. Igualmente, determinó que la planta de personal de la Fiscalía es global y flexible.

La carrera de la Fiscalía y la administración del personal, en todo caso, se deben basar en el principio de igualdad y eficiencia, tal como lo señalan los artículos 48 y 49 de la Ley 938 de 2004.

II. De los derechos fundamentales de los niños

Según el artículo 44 de la Constitución Política 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.

En el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella se encuentra el concepto de unidad familiar. La Corte Constitucional ha establecido que la unidad familiar busca el contacto directo o la cercanía física permanente del niño con su familia y sobre todo con sus padres y, además, implica tanto la cercanía física como la anímica.

Al respecto, la Corte, en sentencia T 165 de 2004, dijo:

"[...] La unidad familiar es garantía del desarrollo integral del menor porque en esa edad el niño necesita más apoyo psicológico y moral de su familia y fundamentalmente de sus padres para evitar traumas que puedan incidir en su desarrollo personal (derecho al libre desarrollo de la personalidad).

La Convención sobre los derechos del niño destaca la importancia de que el niño se mantenga al lado de sus padres. El artículo 9º numeral 1º establece:

"Los Estados velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño".

El alejamiento de la madre respecto de su hijo, sin explicación ni justificación alguna, injustamente condena al niño a no ver a su madre sino de manera excepcional. Y, en la misma situación va a quedar la madre. Esto afecta también la determinación del artículo 42 de la C.P. que prohíbe (sic) cualquier forma destructiva de la armonía y la unidad familiar. Es, en cierta forma, un "proceso de duelo", algo que la Corte Constitucional ha rechazado por afectar los derechos fundamentales.

[...]

Hay situaciones concretas en las cuales el juez constitucional debe amparar la unidad familiar. Por supuesto que es factible que se pueda afectar dicha

unidad si existe una causa legal, como por ejemplo una decisión judicial referente a la privación de la libertad de uno de los padres, o una decisión judicial o administrativa que determine la separación del hijo respecto de sus progenitores”.

Se puede concluir que sólo cuando existan razones con respaldo en norma jurídica o decisión judicial o de un defensor o comisario de familia, puede afectarse la unidad familiar, de lo contrario, se vulneraría el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella. Dicho de otro modo, las autoridades que deban tomar medidas de tipo laboral deben conducirse de tal modo que no afecten o afecten de forma mínima los derechos de los niños a la unidad familiar.

III. Del caso concreto

En el caso bajo análisis, la actora consideró que la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales de igualdad, trabajo, *“justicia y transparencia igualmente el derecho de mis hijos a una familia, a no ser separados de ella, al cuidado y al amor”*, al trasladarla al municipio de Ancuya si ella había concursado para trabajar en la ciudad de Pasto y el Fiscal General de la Nación ya la había nombrado en esa ciudad.

Por su parte, la Fiscalía sostuvo que, contrario a lo que la demandante afirmó, no se le vulneró ningún derecho fundamental, pues fue nombrada en el cargo de Fiscal delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos Municipales, para el que se inscribió y conformó la lista de elegibles. Además, dijo que, en consideración a que la planta de personal de la Fiscalía es global y flexible, podía nombrarla en un sitio diferente al que ella había escogido al momento de realizar la inscripción al concurso, si la necesidad del servicio así lo requería.

En efecto, del análisis del expediente, la Sala observa que el Fiscal General de la Nación (e), mediante Resolución 0569 del 16 de marzo de 2010, nombró en periodo de prueba a la señora Mónica Guerrero como Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos en la Dirección de Fiscalías de Pasto (fls. 60 a 74). Posteriormente, mediante resolución 0153 del 15 de abril de 2010, el Director Seccional de Fiscalías de Pasto trasladó a la señora Guerrero al municipio de Ancuya (fl. 125).

Ahora bien, la Sala no desconoce que la planta de personal de la Fiscalía es global y flexible y que, en consecuencia, permite que las personas que conforman el talento humano puedan ser trasladadas a cualquier lugar del país de acuerdo con las necesidades del servicio. Sin embargo, la facultad discrecional de la Fiscalía para modificar la ubicación territorial de los funcionarios no puede ejercerse de manera arbitraria ni mucho menos puede llegar al extremo de vulnerar derechos fundamentales de los niños. En conclusión, dicha facultad debe ejercerse con prudencia, razonabilidad, y deben tenerse en cuenta las condiciones específicas de cada caso, en especial para salvaguardar la igualdad de trato, la eficiencia y el derecho a la unidad familiar.

Respecto de la situación concreta de la señora Guerrero, en el expediente se encuentra probado que la actora es madre de dos hijos de 4 y 10 años de edad (fl. 36 y 37), quienes se encuentran estudiando en instituciones educativas ubicadas en la ciudad de Pasto. Que el esposo de la actora trabaja en la Policía Nacional - Seccional de Investigación Criminal de Tumaco (fl. 40). Y que esas circunstancias implican que es la demandante quien debe cuidar de sus menores hijos.

En consecuencia, considera la Sala que el traslado de la actora al municipio de Ancuya afecta los derechos fundamentales de los niños Raúl Fernando y Andrés Camilo Enríquez Guerrero, en razón de que rompe el núcleo familiar de los menores y afecta la armonía y unidad familiar a las que constitucionalmente tienen derecho.

Finalmente, la Sala estima necesario hacer referencia a un caso similar al de la señora Guerrero en el que la Sala negó el amparo de los derechos que invocó la señora Sara Alexandra Linares¹. En esa ocasión, la Sala consideró que la actora, como participante del concurso de méritos de la Fiscalía, debía conocer las normas que regulaban el proceso de selección y, particularmente, lo establecido en el artículo 11 del Acuerdo 001 de 2006, que determinó que si bien los participantes pueden escoger la ubicación geográfica de su preferencia, lo cierto era que esa manifestación no obligaba a la entidad, en razón de que la planta de personal de la Fiscalía es global y flexible. Asimismo, se concluyó que la decisión de la Fiscalía no se tomó de manera arbitraria ni vulneró los derechos fundamentales que invocó la actora, porque la actuación que se reprochaba de esa entidad encontraba sustento en las normas que regulan la convocatoria del concurso.

Sin embargo, la Sala considera que, en este caso, las circunstancias son diferentes, en razón de que si bien se trata del mismo concurso de méritos, de la misma facultad discrecional de la Fiscalía para modificar la ubicación territorial de los funcionarios, lo cierto es que, en el caso de la señora Guerrero, el Fiscal General de la Nación la nombró como Fiscal Delegada ante los Jueces Penales y Promiscuos Municipales en la Dirección Seccional de Fiscalías de Pasto y luego ha sido trasladada sin explicación plausible al municipio de Ancuya, circunstancias que no ocurrían en el caso de la señora Sara Alexandra Linares, que fue nombrada directamente en el departamento de Antioquia. Además, la Señora Guerrero probó que, en la actualidad, es la encargada del cuidado de sus dos hijos menores de edad a quienes, como se dijo, se les debe garantizar el derecho a la unidad familiar, que no puede verse vulnerado por razones de “interés general” o las “necesidades del servicio” como lo afirma la entidad demandada, que son categorías abstractas que precisan explicaciones concretas que, en este caso, la Fiscalía no ha dado.

Por lo anterior, la Sala revocará el fallo de primera instancia y, en su lugar, amparará el derecho a la unidad familiar de los menores Raúl Fernando y Andrés Camilo Enríquez Guerrero. En consecuencia, se ordenará al Director Seccional de Fiscalías de Pasto que, en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, traslade a la señora Mónica Guerrero al cargo de Fiscal Delegada ante Jueces Penales Municipales y Promiscuos de Pasto (Nariño).

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. FALLA

1.- Revócase la sentencia del 26 de abril de 2010, proferida por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño. En su lugar, **ampárase** el derecho a la unidad familiar de los menores Raúl Fernando y Andrés Camilo Enríquez Guerrero. En consecuencia, se dispone:

¹ Ver Radicado 25000 23 15 000 2010 00508-01. Actora: Sara Alexandra Linares. Sentencia del 12 de mayo de 2010.

- **Ordénase** al Director Seccional de Fiscalías de Pasto que, en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, traslade a la señora Mónica Janneth Guerrero Chamorro al cargo de Fiscal Delegada ante Jueces Penales Municipales y Promiscuos de Pasto (Nariño).

2.- Remítase el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ