

ACCION DE TUTELA - Reglas de procedencia para controvertir actos administrativos de traslado

La acción de tutela, como mecanismo para controvertir actos administrativos por los que se realiza el traslado de un servidor público, tiene unas reglas de procedencia, toda vez que, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o la acción ordinaria laboral es el medio judicial idóneo para resolver esa disputa. En ese sentido, la Corte Constitucional ha establecido - en reiterada jurisprudencia - que la acción de tutela es procedente siempre que: (i) 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. Así entonces, a juicio de la Corte, la decisión puede considerarse ostensiblemente arbitraria bien porque no fueron tenidas en cuenta condiciones relevantes de la realidad del trabajador o porque ésta constituye una desmejora de su situación laboral y porque ella genera una afectación de los derechos fundamentales del trabajador o de su familia. A su vez, precisa que, cuando el traslado afecta la salud de un familiar del empleado, la acción de tutela procede, por ejemplo, cuando la enfermedad sea de una entidad importante o que exista una relación de dependencia entre el familiar y el trabajador.

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de traslado se pueden consultar, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional: T-065 de 2007, T-109 de 2007, T-325 de 2010, T-488 de 2011 y T-565 de 2014.

SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL - Persona de la tercera edad

Las personas de la tercera edad han sido señaladas como sujetos de especial protección constitucional por el artículo 46 de la Constitución Política y en consecuencia, deben ser objeto de mayores garantías para permitirles el goce y disfrute de sus derechos fundamentales. En razón de esa especial protección, ha dicho la Corte Constitucional que cuando se está ante la vulneración de un derecho fundamental de una persona de la tercera edad, debe analizarse el estado de salud y la edad de la persona, pues, el medio ordinario, al no ser expedito, puede tornarse ineficaz. Así entonces, cuando un perjuicio verse sobre la subsistencia en condiciones dignas, la salud o el mínimo vital (entre otros) de una persona de la tercera edad, debe darse una protección constitucional reforzada.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 46

NOTA DE RELATORIA: Respecto de las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección se pueden consultar, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional: T-288/00, T-518/00, T-443/01, T-360/01 y T-485 de 2011.

ACTO DE DISCRIMINACION - Características y circunstancias que debe probar el sujeto pasivo / CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA - Cuando se alega la ocurrencia de un hecho discriminatorio la carga de la prueba recae sobre quien aparentemente está realizando el trato desigual

En reiterada jurisprudencia constitucional se ha establecido que un acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende - consciente o inconscientemente - anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas,

con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales. En ese contexto, la Corte Constitucional ha establecido que un acto discriminatorio se caracteriza por ser: (i) de carácter consciente o inconsciente que afecta la dignidad humana de una persona y está en relación con una categoría asociada a criterios sospechosos de discriminación, (ii) que no admite ser justificado a la luz de un criterio de proporcionalidad y razonabilidad y (iii) que no sea posible justificar la corrección del uso de la acción en relación con los fines de la Constitución Política. Ahora bien, en materia de tutela, por regla general quien alega la vulneración de un derecho fundamental debe probar los hechos que demuestran dicha acusación. No obstante, al estudiar un hecho que se alega como discriminatorio, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la carga de la prueba debe recaer sobre quien aparentemente está realizando ese trato desigual. Así entonces, por regla general, el sujeto pasivo del acto discriminatorio debe probar: (i) que la persona se asocia o hace parte de un grupo históricamente discriminado; (ii) que en una situación similar, otras personas que no son del grupo sospechoso no han recibido el mismo trato frente a la misma situación; y (iii) que el trato diferenciador haya ocasionado daño o permanezca en el tiempo.

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la labor del juez constitucional en los casos de discriminación se pueden consultar, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional: T-427 de 1992, T-098 de 1994, T-288 de 1995, T-638 de 1996, C-022 de 1996, T-1042 de 2001, SU-1167 de 2001, T-030 de 2004, T-393 de 2004, T-772 de 2003, T-601 de 2005, T-601 de 2006, T-062 de 2011, T-691 de 2012 y T - 141 de 2015

TRASLADO - Afectación de los derechos a la igualdad, al debido proceso y a la unidad familiar del accionante y de los derechos a la salud y a la vida digna de sus padres / ACTO ADMINISTRATIVO DE TRASLADO - No puede ser motivado en forma genérica. Debe tener en cuenta las condiciones particulares y relevantes del trabajador / PROHIBICION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LAS MUJERES - El traslado constituye un acto de discriminación en razón del género cuando solamente comprende mujeres

La señora SERR fue nombrada en propiedad como Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el año 2010. Por Resolución 0000094 del 25 de enero de 2016, la demandante fue trasladada a la Subdirección Seccional de Fiscalías de Seguridad Ciudadana de Cundinamarca, sede Bogotá, por estrictas necesidades del servicio del Despacho del Fiscal General de la Nación, según reza esa Resolución. La Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bucaramanga cuenta con cinco fiscales, tres hombres y dos mujeres, de los que la demandante es la única nombrada en propiedad, y las dos mujeres fueron trasladadas, así lo informó la demandante. Por acción de tutela, la actora solicitó que se deje sin efecto el traslado, toda vez que, a su juicio, la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos a la unidad familiar, al debido proceso, a la igualdad, y los derechos de sus padres a la salud y vida digna. La actora argumentó que el traslado se debe a una discriminación por género. Que no puede ser trasladada porque vela por el cuidado de sus padres ERR, de 85 años, que tiene Alzheimer, y BRL, de 89 años, que padece de enfermedad aterosclerótica, presencia de derivación aortocoronaria e hiperlipidemia no especificada. Que sus padres viven en una casa contigua a la de la demandante, para facilitar el cuidado. Por último, la actora informó que está en proceso de divorcio, es madre de dos hijos que cursan estudios universitarios en Bogotá y, que estos gastos los financia con el salario y el dinero obtenido por la

labor catedrática en la Universidad Autónoma de Bucaramanga... Acorde con la regla establecida por la Corte Constitucional, el juez de tutela al analizar la resolución que ordena el traslado de un servidor público, debe estudiar: (i) si el traslado fue arbitrario, bien porque no se tuvo en cuenta las condiciones relevantes del trabajador o porque se desmejoró la situación laboral y (ii) si el traslado genera una vulneración a los derechos fundamentales del trabajador o de su familia... La Resolución 0000094 del 25 de enero de 2016, por la cual se trasladó a SERR de la Subdirección Seccional de Fiscalías y de Seguridad Ciudadana (Santander) a la Subdirección Seccional de Fiscalías y de Seguridad Ciudadana (Cundinamarca), está motivada en las supuestas necesidades del servicio del Despacho del Fiscal General de la Nación. En el escrito de impugnación se afirma que el traslado se debe a las condiciones profesionales de la actora, pues, desempeñaría mejor su labor en otra ubicación geográfica. No obstante, esa afirmación no fue probada, ni fue el sustento específico del acto administrativo de traslado. No es posible constatar que se hayan atendido las condiciones particulares de la señora SERR al decidir el traslado. Al contrario, la autoridad demandada acudió a una motivación genérica, mediante el uso de la frase de cajón estrictas necesidades del servicio, que no constituye una real justificación para sacar de su entorno laboral y familiar a una mujer profesional sí, pero con obligación para con sus ascendientes. Así entonces, para la Sala, la decisión de trasladar a la señora SERR sí afecta de forma clara, grave y directa el derecho fundamental a la salud de los padres de la actora, porque sufren de enfermedades y, que por ser adultos de la tercera edad, requieren de la presencia de su hija. De hecho, la actora alegó haber sido discriminada por razones de género y en virtud de la carga dinámica de la prueba que existe en los casos en que se invoca discriminación, la Fiscalía General de la Nación estaba en la obligación de probar que la decisión no se basó en motivos de género, cosa que no hizo. Para la Sala es claro que el acto administrativo que ordenó el traslado afectó los derechos fundamentales de la actora y que, en la contestación a la tutela la Fiscalía General de la Nación no justificó ni probó la inexistencia de actos discriminatorios contra la mujer, como lo exige la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En especial, no se probó la ocurrencia de un fin constitucionalmente exigible atado al traslado... Por el contrario, la actora sí probó que hace parte de un grupo históricamente discriminado y que las únicas dos mujeres miembros de la Unidad de Fiscalía Delegada ante Tribunal Superior de Bucaramanga fueron las trasladadas, situación de la que se infiere una discriminación por género. La fiscalía no estudió las circunstancias subjetivas en cada caso para ordenar el traslado, o no lo probó.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00171-01(AC)

Actor: SUSANA EUGENIA RAMON ROJAS

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y OTROS

La Sala decide la impugnación interpuesta por el Director Nacional de Apoyo a la Gestión contra la sentencia del 24 de febrero de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que concedió el amparo solicitado, en los siguientes términos:

Primero: TUTELAR los derechos fundamentales a la unidad familiar, al trabajo en condiciones dignas y el debido proceso de la señora SUSANA EUGENIA RAMOS ROJAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: ORDENAR a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de la presente providencia, deje sin efectos el art. 1 de la Resolución No. 0000094 del 25 de enero de 2016, por medio del cual se ordenó el traslado de la señora SUSANA EUGENIA RAMÓN ROJAS del cargo Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito de la Subdirección Seccional de Fiscalías y de Seguridad Ciudadana – Santander a la Subdirección Seccional de Fiscalía y de Seguridad Ciudadana – Cundinamarca.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Susana Eugenia Ramos Rojas presentó acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación: directora nacional de apoyo a la gestión y director de Seccionales y Seguridad Ciudadana, toda vez que estimó vulnerados los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la defensa, a la igualdad, a la salud y a la vida digna de sus padres. En consecuencia, solicitó *«TUTELAR a mi favor los derechos constitucionales fundamentales vulnerados, UNIDAD FAMILIAR, ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS, AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD, A LA SALUD Y VIDA DIGNA DE MIS PROGENITORES Y DIGNIDAD DEL TRABAJO ordenándole al Fiscal General de la Nación DEJAR SIN EFECTO la resolución No. 0000094 del 25 de enero de 2016 Artículo 1 ateniendo a la reubicación del cargo de Fiscal delegado ante el Tribunal de Distrito de la Subdirección Seccional de Fiscalías y de Seguridad Ciudadana – Santander a la Subdirección Seccional de Fiscalías y de Seguridad Ciudadana – Cundinamarca, siendo titular de ese despacho Susana Eugenia Ramón Rojas»*¹.

¹ Folio 19.

2. Hechos

Que, mediante Resolución 0-0448 del 4 de marzo de 2010 expedida por el Fiscal General de la Nación, Susana Eugenia Ramos Rojas fue nombrada en propiedad como fiscal delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga².

Que, mediante Resolución 0000094 del 25 de enero de 2016 expedida por la directora nacional de apoyo a la gestión de la Fiscalía General de la Nación, Susana Eugenia Ramos Rojas fue reubicada en la Subdirección Seccional de Fiscalías de Seguridad Ciudadana de Cundinamarca³.

Que la Resolución 0000094 del 25 de enero de 2016 se motivó: *«con el fin de dar cumplimiento a los planes, estrategias y programas de la entidad, por estrictas necesidades del servicio el Despacho del Fiscal General de la Nación, ordena reubicar los empleos que se relacionan a continuación (...)»*⁴.

Que la unidad de Fiscalía Delegada ante Tribunal Superior de Bucaramanga está formada por cinco fiscales, dos mujeres y tres hombres, y que las dos mujeres fueron trasladadas.

Que de la unidad de Fiscalía Delegada ante Tribunal Superior de Bucaramanga Susana Eugenia Ramos Rojas, es la única fiscal nombrada en propiedad.

Que Susana Eugenia Ramos Rojas vela por el cuidado de sus padres: Eugenia Rojas de Ramón, de 85 años, que adolece de Alzheimer⁵, y Baldomero Ramón Landazábal, de 89 años, que adolece de enfermedad aterosclerótica, presencia de derivación aortocoronaria e hiperlipidemia no especificada⁶.

Que Susana Eugenia Ramos Rojas vive en un inmueble contiguo a la casa de sus padres.

² Folio 68.

³ Folio 23.

⁴ Folio 23.

⁵ Folio 72.

⁶ Folio 87.

Que, en razón de la enfermedad que padece, la señora Eugenia Rojas de Ramón —madre de la actora— *«requiere tratamiento permanente; [la condición] le impide realizar cualquier actividad de forma independiente por su discapacidad permanente e irreversible y requiere asistencia de su hija SUSANA EUGENIA RAMÓN ROJAS de forma continua»*⁷.

Que Susana Eugenia Ramos Rojas tiene dos hijos, residenciados en Bogotá, que cursan estudios universitarios, y que está en proceso de divorcio⁸.

Que, actualmente, Susana Eugenia Ramos Rojas es docente de la Universidad Autónoma de Bucaramanga⁹, con lo que apoya el financiamiento de los gastos de sus hijos¹⁰.

Que, el 1 de febrero de 2016, Susana Eugenia Ramos Rojas solicitó al director nacional de Seccionales de la Fiscalía General de la Nación dejar sin efecto la Resolución 0000094 del 25 de enero de 2016.

Que, el 3 de febrero de 2016, Susana Eugenia Ramos Rojas interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución 0000094 del 25 de enero de 2016 ante la directora nacional de apoyo a la gestión de la Fiscalía General de la Nación.

Que, el 8 de febrero de 2016, el director nacional de Seccionales Y De Seguridad Ciudadana de la Fiscalía General de la Nación informó a Susana Eugenia Ramos Rojas que la solicitud fue trasladada a la directora nacional de apoyo a la gestión de la Fiscalía General de la Nación, por ser la autoridad competente.

Que, mediante Resolución 0000214 del 9 de febrero de 2016¹¹, expedida por la directora nacional de apoyo a la gestión de la Fiscalía General de la Nación, se resolvió recurso de reposición interpuesto por Susana Eugenia Ramos Rojas contra la Resolución 0000094 del 25 de enero de 2016, y se confirmó la decisión. Que el acto administrativo que expuso que el traslado se dio en razón de las altas calidades personales y profesionales de la demandante y que no se le causa una

⁷ Folio 72.

⁸ Folios 94 – 115.

⁹ Folio 211.

¹⁰ Folio 4.

¹¹ Folio 145-

desmejora en las condiciones laborales porque los salarios y prestaciones sociales serán pagados acorde al cargo y grado que desempeña¹² y, por último, dijo que:

(...) El movimiento de personal efectuado mediante la reubicación del empleo ocupado por la Doctora SUSANA EUGENIA RAMÓN ROJAS, se basa no sólo en las normas legales que facultan al nominador para analizar esta clase de movimientos, sino en criterios jurisprudenciales ampliamente trazados por las Altas Cortes¹³ (...).

3. Intervención de la Fiscalía General de la Nación

La Fiscalía General de la Nación, entidad demandada, no se pronunció sobre la acción de tutela presentada por Susana Eugenia Ramos Rojas, a pesar de haber sido notificada¹⁴.

4. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Santander, por sentencia del 24 de febrero de 2016 tuteló los derechos fundamentales de Susana Eugenia Ramos Rojas, porque:

(...) el material probatorio obrante en el expediente, encuentra la Sala que la decisión de la Fiscalía General de la Nación, de trasladar a la señora Susana Eugenia Ramón Rojas del cargo que ocupa actualmente como Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito de la Subdirección Seccional de Fiscalía y de Seguridad Ciudadana – Santander a la Subdirección Seccional de Fiscalía y de Seguridad Ciudadana de Cundinamarca, no se ajusta dentro de los límites de razonabilidad y exigencias para el desarrollo de un traslado laboral – ius variandi – establecidos por la H. Corte Constitucional, como quiera que si bien la Fiscalía General de la Nación, expidió una Resolución explicando las necesidades del servicio que justificaban el traslado laboral de la accionante, no obstante dentro de la misma no se evidencia un análisis de las circunstancias personales que rodean a la actora, específicamente las posibles consecuencias y afectaciones que, con motivo del traslado de ésta, podrían derivarse en el tratamiento y cuidado de sus padres, teniendo en cuenta que son adultos mayores, con enfermedades degenerativas, que requieren de la solidaridad, afecto y amor por parte de toda la familia.

5. Impugnación

¹² Folios 148 – 151.

¹³ Folio 147.

¹⁴ Folio 230.

El director nacional de apoyo a la gestión de la Fiscalía General de la Nación impugnó la sentencia del 24 de febrero de 2016 y solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que: **(i)** el *a quo* concluyó de forma apresurada que el traslado de la actora fue una actuación arbitraria y « (...) *la entidad nunca ha pretendido perjudicar la unidad familiar del servidor trasladado*»; **(ii)** la acción de tutela es improcedente por ser un mecanismo subsidiario; **(iii)** la entidad efectuó la reubicación de la servidora en mención de manera razonable y observando las necesidades reales del servicio, acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, razón por la cual la sentencia de primera instancia debe ser revocada por no afectarse derechos de manera grave, directa y clara; **(iv)** los motivos que originaron el traslado responden a las calidades personales o profesionales de un servidor que desempeñaría mejor su labor en otra ubicación geográfica y no implica que el acto este viciado, y **(v)** la actora tiene 6 hermanos.

CONSIDERACIONES

Para resolver la impugnación, la Sala adoptará la siguiente metodología: **1.** de la acción de tutela **2.** de la procedibilidad de la acción de tutela para controvertir la decisión que ordena la reubicación de servidores públicos **3.** de la protección constitucional a las personas de la tercera edad, **4.** De la carga de la prueba en los casos de discriminación, y **5.** del caso en concreto.

1. De la acción de tutela

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela 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 otro mecanismo de defensa debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela.

La acción de tutela es, pues, un mecanismo extraordinario de defensa que no sustituye ni reemplaza los demás medios ordinarios que el legislador ha previsto para la protección de los derechos fundamentales. Es decir, la tutela es de carácter subsidiario.

La subsidiariedad consiste en impedir que la acción de tutela, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales, pues eso sería tanto como desconocer que la Constitución y la ley estipulan una serie de mecanismos judiciales igualmente eficaces e idóneos para garantizar el ejercicio pleno de los derechos.

No en vano, los artículos 86¹⁵ de la CP y el 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991¹⁶ prevén como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia de otros medios de defensa para la protección de los derechos invocados. De manera que la acción de tutela sólo puede utilizarse cuando se han agotado los mecanismos de protección que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para la protección idónea y eficaz de los derechos fundamentales. En ese sentido, la Corte Constitucional manifestó¹⁷:

(...) La acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho. La tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece —con la excepción dicha— la acción ordinaria. La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el

¹⁵ ARTÍCULO 86. «Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...)

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...) (se destaca)».

¹⁶ ARTÍCULO 6º-Causales de improcedencia de la tutela. «La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. (...)

¹⁷ Sentencia C-543 de 1992. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales (...)”.

2. De la procedencia de la acción de tutela para controvertir la decisión que ordena la reubicación de servidores públicos

La acción de tutela, como mecanismo para controvertir actos administrativos por los que se realiza el traslado de un servidor público, tiene unas reglas de procedencia, toda vez que, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o la acción ordinaria laboral es el medio judicial idóneo para resolver esa disputa.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha establecido —en reiterada jurisprudencia— que la acción de tutela es procedente siempre que: « (i) 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»¹⁸.

Así entonces, a juicio de la Corte, la decisión puede considerarse ostensiblemente arbitraria «bien porque no fueron tenidas en cuenta condiciones relevantes de la realidad del trabajador o porque ésta constituye una desmejora de su situación laboral y [porque] ella genera una afectación de los derechos fundamentales del trabajador o de su familia»¹⁹.

A su vez, precisa que, cuando el traslado afecta la salud de un familiar del empleado, la acción de tutela procede, por ejemplo, cuando la enfermedad sea de una entidad importante o que exista una relación de dependencia entre el familiar y el trabajador²⁰.

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-065 de 2007. Ver entre otras: T-565 de 2014, T-488 de 2011, T-325 de 2010, T-109 de 2007.

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-565 de 2014.

²⁰ *Ibíd*: «Respecto de aquellos casos en que procede la tutela para modificar decisiones relativas a traslados que implican una afectación a la salud de los familiares del empleado, la Sala encuentra necesario precisar que no todo quebranto en la salud de los hijos, o de algún otro miembro de la familia del trabajador, ya sea a nivel físico o mental, implica la necesidad de un cambio de sede o de jornada. Así, para que proceda el amparo, es necesario que (i) en la localidad de destino no sea posible brindarle el cuidado médico requerido o no existan las condiciones ni la capacidad médica para ello, (ii) la afectación a la salud sea de una entidad importante; (iii) el traslado o su negativa, guarde una relación tal con la afectación de la salud del familiar, que para alcanzar la mejoría física y emocional de éste o para evitar su deterioro, sea necesaria la presencia constante del empleado; y (iv) exista una relación de dependencia entre el familiar y el trabajador».

3. De la protección constitucional de las personas de la tercera edad

Las personas de la tercera edad han sido señaladas como sujetos de especial protección constitucional por el artículo 46 de la Constitución Política y en consecuencia, *«deben ser objeto de mayores garantías para permitirles el goce y disfrute de sus derechos fundamentales»*²¹.

En razón de esa especial protección, ha dicho la Corte Constitucional que cuando se está ante la vulneración de un derecho fundamental de una persona de la tercera edad, debe analizarse el estado de salud y la edad de la persona, pues, el medio ordinario, al no ser expedito, puede tornarse ineficaz²².

Así entonces, cuando un perjuicio verse sobre la subsistencia en condiciones dignas, la salud o el mínimo vital (entre otros) de una persona de la tercera edad, debe darse una protección constitucional reforzada²³.

4. De la labor del juez de tutela en los casos de discriminación

En reiterada jurisprudencia constitucional se ha establecido que un acto discriminatorio *«es la conducta, actitud o trato que pretende - consciente o inconscientemente - anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales»*²⁴.

En ese contexto, la Corte Constitucional ha establecido que un acto discriminatorio se caracteriza por ser: **(i)** de carácter consciente o inconsciente que afecta la dignidad humana de una persona y está en relación con una categoría asociada a criterios sospechosos de discriminación, **(ii)** que no admite ser justificado a la luz de un criterio de proporcionalidad y razonabilidad y **(iii)** que no sea posible justificar la corrección del uso de la acción en relación con los fines de la Constitución Política²⁵.

Ahora bien, en materia de tutela, por regla general quien alega la vulneración de

²¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-485 de 2011.

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.* Ver entre otras: T-518/00, T-443/01, T-288/00, T-360/01.

²⁴ Corte Constitucional de Colombia. T – 141 de 2015. Ver entre otras: T-098 de 1994, T-691 de 2012

²⁵ *Ibíd.* En reiteración de jurisprudencia constitucional. Ver entre otras: T-098 de 1994, T-288 de 1995, C-022 de 1996, T-1042 de 2001, SU-1167 de 2001, T-030 de 2004, T-393 de 2004, T-062 de 2011; y T-691 de 2012.

un derecho fundamental debe probar los hechos que demuestran dicha acusación. No obstante, al estudiar un hecho que se alega como discriminatorio, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la carga de la prueba debe recaer sobre quien aparentemente está realizando ese trato desigual²⁶.

Así entonces, por regla general, el sujeto pasivo del acto discriminatorio debe probar: «(i) que la persona se asocia o hace parte de un grupo históricamente discriminado; (ii) que en una situación similar, otras personas que no son del grupo sospechoso no han recibido el mismo trato frente a la misma situación; y (iii) que el trato diferenciador haya ocasionado daño o permanezca en el tiempo»²⁷.

Elementos que se acentúan cuando la persona que ve sus derechos fundamentales amenazados está en posición de debilidad o subordinación, por ejemplo, en una relación laboral²⁸.

5. El caso en concreto

La señora Susana Eugenia Ramos Rojas fue nombrada en propiedad como Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el año 2010. Por Resolución 0000094 del 25 de enero de 2016, la demandante fue trasladada a la Subdirección Seccional de Fiscalías de Seguridad Ciudadana de Cundinamarca, sede Bogotá, por “estrictas” necesidades del servicio del Despacho del Fiscal General de la Nación, según reza esa Resolución.

La Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bucaramanga cuenta con cinco fiscales, tres hombres y dos mujeres, de los que la demandante es la única nombrada en propiedad, y las dos mujeres fueron trasladadas, así lo informó la demandante.

Por acción de tutela, la actora solicitó que se deje sin efecto el traslado, toda vez que, a su juicio, la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos a la unidad familiar, al debido proceso, a la igualdad, y los derechos de sus padres a la salud y vida digna.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia: T-427 de 1992, T-638 de 1996, T-772 de 2003, T-601 de 2005, T-601 de 2006.

²⁷ *Ibíd.* En reiteración de jurisprudencia, T-741 de 2004.

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-638 de 1996 y T – 804 de 2014.

La actora argumentó que el traslado se debe a una discriminación por género. Que no puede ser trasladada porque vela por el cuidado de sus padres: Eugenia Rojas de Ramón, de 85 años, que tiene Alzheimer, y Baldomero Ramón Landazábal, de 89 años, que padece de enfermedad aterosclerótica, presencia de derivación aortocoronaria e hiperlipidemia no especificada. Que sus padres viven en una casa contigua a la de la demandante, para facilitar el cuidado.

Por último, la actora informó que está en proceso de divorcio, es madre de dos hijos que cursan estudios universitarios en Bogotá y, que estos gastos los financia con el salario y el dinero obtenido por la labor catedrática en la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

La autoridad demandada no contestó la acción de tutela.

El Tribunal Administrativo de Santander, como juez de primera instancia, amparó los derechos fundamentales invocados, toda vez que estimó que el traslado de Susana Eugenia Ramos Rojas, no respondía a los límites establecidos por la Corte Constitucional para ejercer el *ius variandi*, y que los padres de la actora necesitaban el acompañamiento permanente.

La Fiscalía General de la Nación, autoridad demandada, impugnó la decisión de primera instancia y dijo que: la demandante tiene 6 hermanos; el traslado laboral de Santander a Cundinamarca se hizo por las competencias profesionales y personales de la actora, y que la fiscalía tiene una planta de personal global y flexible, por lo que, en ejercicio del *ius variandi*, tiene la potestad de trasladar a sus funcionarios.

Así entonces, el problema jurídico se limita a determinar si el traslado de Susana Eugenia Ramos Rojas generó una vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Acorde con la regla establecida por la Corte Constitucional, el juez de tutela al analizar la resolución que ordena el traslado de un servidor público, debe estudiar: **(i)** si el traslado fue arbitrario, bien porque no se tuvo en cuenta las condiciones relevantes del trabajador o porque se desmejoró la situación laboral y **(ii)** si el

traslado genera una vulneración a los derechos fundamentales del trabajador o de su familia.

Se encuentra probado que:

- Los padres de la actora son adultos de la tercera edad.
- La actora vive en la casa contigua a sus padres.
- La madre de la demandante, Eugenia Rojas de Ramón, padece de alzhéimer y necesita la asistencia de su hija Susana Eugenia Ramos Rojas²⁹.
- El padre de la demandante, Baldomero Ramón Landazábal, tiene de enfermedad arteroesclerótica, derivación aortocoronaria e hiperlipidemia no especificada³⁰.
- Quien pide la tutela es una mujer en proceso de divorcio, que vela por el cuidado de sus padres.

La Resolución 0000094 del 25 de enero de 2016, por la cual se trasladó a Susana Eugenia Ramos Rojas de la Subdirección Seccional de Fiscalías y de Seguridad Ciudadana (Santander) a la Subdirección Seccional de Fiscalías y de Seguridad Ciudadana (Cundinamarca), está motivada en las supuestas «necesidades del servicio» del Despacho del fiscal general de la Nación. En el escrito de impugnación se afirma que el traslado se debe a las condiciones profesionales de la actora, pues, desempeñaría mejor su labor en otra ubicación geográfica. No obstante, esa afirmación no fue probada, ni fue el sustento específico del acto administrativo de traslado. No es posible constatar que se hayan atendido las condiciones particulares de la señora Eugenia Ramos Rojas al decidir el traslado. Al contrario, la autoridad demandada acudió a una motivación genérica, mediante el uso de la frase de cajón «estrictas necesidades del servicio», que no constituye una real justificación para sacar de su entorno laboral y familiar a una mujer profesional sí, pero con obligación para con sus ascendientes.

Así entonces, para la Sala, la decisión de trasladar a la señora Susana Eugenia Ramos Rojas sí afecta de forma clara, grave y directa el derecho fundamental a la salud de los padres de la actora, porque sufren de enfermedades y, que por ser adultos de la tercera edad, requieren de la presencia de su hija.

²⁹ Folio 72.

³⁰ Folio 87.

De hecho, la actora alegó haber sido discriminada por razones de género y en virtud de la carga dinámica de la prueba que existe en los casos en que se invoca discriminación, la Fiscalía General de la Nación estaba en la obligación de probar que la decisión no se basó en motivos de género, cosa que no hizo.

Para la Sala es claro que el acto administrativo que ordenó el traslado de la señora Susana Eugenia Ramón Rojas afectó los derechos fundamentales de la actora y que, en la contestación a la tutela la Fiscalía General de la Nación no justificó ni probó la inexistencia de actos discriminatorios contra la mujer, como lo exige la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En especial, no se probó la ocurrencia de un fin constitucionalmente exigible atado al traslado de la señora Susana Eugenia Ramón Rojas.

Por el contrario, la actora sí probó que hace parte de un grupo históricamente discriminado y que las únicas dos mujeres miembros de la Unidad de Fiscalía Delegada ante Tribunal Superior de Bucaramanga fueron las trasladadas, situación de la que se infiere una discriminación por género. La fiscalía no estudió las circunstancias subjetivas en cada caso para ordenar el traslado, o no lo probó.

En conclusión, la Sala considera que la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales invocados por la actora.

Queda así resuelto el problema jurídico.

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,

FALLA

- 1. Confirmar** la sentencia impugnada, por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.
- 2. Enviar** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
BÁRCENAS**

Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ