

TEMA: IUS VARIANDI- Como regla general, las decisiones de traslado de la administración no pueden estar condicionadas por las conveniencias de tipo personal de cada uno de los funcionarios o empleados, pues ello vulneraría el derecho a la igualdad de otras personas, en este caso, las adscritas a las fuerzas Militares y haría inviable el cumplimiento de sus funciones constitucionales o legales.

HECHOS: Pretende el accionante que se tutelen sus derechos fundamentales y los de su hermano a LA DIGNIDAD HUMANA, LA IGUALDAD y LA FAMILIA, los cuales han sido vulnerados por los accionados MINISTERIO DE DEFENSA Y EJERCITO NACIONAL. Consecuencialmente, solicita se ordene al COMANDANTE DEL EJÉRCITO y/o DIRECCIÓN DE TALENTO HUMANO DEL EJÉRCITO NACIONAL, revocar la orden administrativa No. 2077 de fecha 14 de noviembre de 2023, mediante la cual se ordena mi traslado al Batallón de Infantería N° 36 “Cazadores”, ubicado en San Vicente del Caguán (Caquetá), con fecha de presentación 29 de enero de 2024 y en su lugar, se ordene su traslado a una Unidad en la ciudad de Medellín (Antioquia) o Valle de Aburrá por el tiempo que tome a su hermano reintegrarse de manera satisfactoria a la sociedad. El problema jurídico consiste en determinar si se le amparan al accionante sus derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad y a la familia, presuntamente vulnerados por la entidad accionada, quien no tuvo en cuenta su situación familiar y profirió la orden administrativa Nro. 2077 del 14 de noviembre de 2023, mediante la cual se ordenó su traslado al Batallón de Infantería Nro. 36 “Cazadores”, ubicado en San Vicente del Caguán (Caquetá), que le impide continuar siendo la única red de apoyo con la que cuenta su único hermano, quien está en esta ciudad, en proceso de rehabilitación integral.

TESIS: Con relación a la procedencia de la acción de tutela en contra de actos administrativos de traslado laboral, la Corte Constitucional ha establecido desde tiempo atrás que esta: “será procedente para revocar una orden de traslado siempre y cuando se satisfaga lo siguiente: (i) que el traslado sea arbitrario, en tanto: (i.i) no obedece a criterios objetivos de necesidad del servicio, o (i.ii) no consulte situaciones subjetivas del trabajador que resultaban absolutamente relevantes para la decisión, o (i.iii) implique una clara desmejora en las condiciones de trabajo ,y (ii) que el traslado afecte de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del accionante y su núcleo familiar”(…) Límites al ejercicio del ius variandi por parte de la Administración. Aunque la facultad para efectuar traslados de personal dentro de las plantas de carácter global y flexible de algunas entidades públicas está amparada por la necesidad de satisfacer el interés general, «tal facultad discrecional no es absoluta por cuanto el acto administrativo de traslado debe sujetarse a la Constitución, en especial, al catálogo de derechos fundamentales». En desarrollo de tal premisa, esta Corporación ha desarrollado importantes líneas jurisprudenciales en las que ha decantado ciertas subreglas para determinar los límites del ius variandi, particularmente, respecto de la facultad de traslado de personal en distintos ámbitos de la Administración pública. Ejercicio del ius variandi para el traslado de miembros de la fuerza pública. Teniendo en cuenta las finalidades del servicio que prestan los miembros de la fuerza pública, la Corte ha reconocido que en estos casos, la administración tiene un mayor grado de discrecionalidad en el ejercicio del ius variandi; sin embargo, a pesar de la amplitud de dicha facultad discrecional, las decisiones de traslado de servidores públicos deben ser respetuosas de los derechos fundamentales de los administrados. En esa medida, esta Corporación ha establecido que «la potestad discrecional de la autoridad nominadora para ordenar traslados se encuentra limitada, pues esta debe responder a una necesidad real y objetiva del servicio, y a su vez debe consultar la situación particular del empleado y de su núcleo familiar. Y, que la misma no afecte de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor y su grupo familiar».(…)Vistos los argumentos del accionante, de la entidad demandada y analizado el material probatorio obrante en el expediente, la Sala considera que, en el presente caso, no resulta procedente el uso de la acción de tutela para controvertir la decisión de

traslado. (...) A lo anterior se agrega que, como regla general, las decisiones de traslado de la administración no pueden estar condicionadas por las conveniencias de tipo personal de cada uno de los funcionarios o empleados, pues ello vulneraría el derecho a la igual de otras personas, en este caso, las adscritas a las fuerzas Militares y haría inviable el cumplimiento de sus funciones constitucionales o legales. Por otra parte, respecto a la afectación de las condiciones familiares del peticionario, como se mencionó, no está probado que el traslado pueda causar un perjuicio grave y decisivo que haga inminente la protección constitucional, lo que deviene en que la acción de tutela no sea el mecanismo adecuado para solicitar la revocatoria o suspensión de un acto administrativo, pues el controvertido por el actor, goza del principio de legalidad, el cual puede ser atacado por la vía contencioso administrativa, aunado a que el actor también pudo efectuar las manifestaciones que hoy eleva por esta vía ante la Dirección de Familia y Bienestar de la Unidad castrense y que a voces de la accionada este no adelantó ningún trámite a efectos de impedir su traslado por la situación familiar que depreca.

MP. GLORIA MONTOYA ECHEVERRI

FECHA: 02/07/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA DE TUTELA



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Familia

MAGISTRADA PONENTE: GLORIA MONTOYA ECHEVERRI

Impugnación: 05001311001220240011102

Radicado interno (2024-162)

Sentencia Nro. 137 de 2024.

Medellín, dos de julio de dos mil veinticuatro

Discutido y aprobado mediante acta Nro. del 171 del 2 de julio de 2024.

Se decide la impugnación presentada por la accionada Dirección de Personal del Ejército Nacional en contra de la sentencia del 7 de mayo de 2024 proferida por el Juzgado Doce de Familia de Oralidad de Medellín, dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Zhamir Alberto Rincón Zuluaga en contra del Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección de Personal del Ejército Nacional, a la que se vinculó el señor Jhon Hans Rincón Zuluaga, el Ejército Nacional y su Comando de Personal y las direcciones de Sanidad y de Familia y Bienestar.

ANTECEDENTES

Adujo el accionante ser suboficial del Ejército Nacional, grado cabo primero, pertenecer a la Armada de infantería, con un tiempo de servicio de 12 años y 4 meses y ser la única red de apoyo de su hermano de 38 años de edad, habitante de calle, herido con arma de fuego en el cráneo que le causó una pérdida total del ojo derecho y el 80% del izquierdo, pérdida del olfato, disminución del sentido auditivo y padecimiento de ataques epilépticos, siendo diagnosticado como discapacitado y quien actualmente se encuentra internado en la Fundación Hermanos de los Desvalidos de la ciudad de Medellín, en donde se le brinda la atención integral por su condición de población vulnerable y habitante de calle en proceso de rehabilitación integral.

Elevó ante el Comando de Personal del Ejército Nacional una solicitud para no ser trasladado a unidades ubicadas fuera de Medellín o del Área Metropolitana, porque él es la única red familiar que posee su hermano Jhon Hans Rincón y no podría suplir las necesidades que no son satisfechas por la fundación, continuar semanalmente realizando visitas, programando salidas los fines de semana y brindándole el soporte emocional que precisa para su recuperación.

Pese a su situación familiar, su solicitud se resolvió de manera negativa, razón por la cual deprecó:

“PRIMERA: TUTELAR mis derechos fundamentales y los de mi hermano a LA DIGNIDAD [sic] HUMANA, LA IGUALDAD y LA FAMILIA, los cuales han sido vulnerados por los accionados MINISTERIO DE DEFENSA Y EJERCITO NACIONAL.

SEGUNDA: Consecuencialmente, se ordene al COMANDANTE DEL EJÉRCITO y/o DIRECCIÓN DE TALENTO HUMANO DEL EJÉRCITO NACIONAL, revocar la orden administrativa No. 2077 de fecha 14 de noviembre de 2023, mediante la cual se ordena mi traslado al Batallón de Infantería N° 36 “Cazadores”, ubicado en San Vicente del Caguán (Caquetá), con fecha de presentación 29 de enero de 2024 y en su lugar, se ordene mi traslado a una Unidad en la ciudad de Medellín (Antioquia) o Valle de Aburrá por el tiempo que tome a mi hermano reintegrarse de manera satisfactoria a la sociedad.”¹.

Por auto del 23 de febrero de la presente anualidad se admitió² esta acción constitucional en contra del Ministerio de Defensa Nacional y del director de personal del Ejército Nacional. Y el 24 de abril, se cumplió³ lo resuelto por el superior y se vinculó al señor Jhon Hans Rincón Zuluaga, al Ejército Nacional, a su Comando de Personal y a las direcciones de Sanidad y de Familia y Bienestar.

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS Y VINCULADAS

La **Dirección de Personal del Ejército Nacional**⁴ solicitó se declare la improcedencia de la acción de tutela, desestimando las pretensiones del accionante, porque no se demostró la configuración de un perjuicio irremediable y no ha vulnerado derecho fundamental alguno y tampoco hay razón fáctica ni jurídica que demuestre su amenaza.

¹ Página 19 del archivo 13 del cuaderno de primera instancia.

² Archivo 14 del cuaderno de primera instancia.

³ Archivo 26 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Archivo 18 del cuaderno de primera instancia.

La **Dirección de Familia y Bienestar del Ejército Nacional**⁵ petitionó sea desvinculada, por carecer de legitimación en la causa por pasiva para actuar, por no ser la competente para efectuar ni modificar las órdenes administrativas de traslados.

Por su parte, la **Dirección de Sanidad del Ejército Nacional**⁶ también alegó su falta de legitimación en la causa por pasiva, aseverando que su función es la de garantizar el apoyo de sanidad en las operaciones y prestación de servicios integrales de salud de los afiliados al subsistema de salud de las Fuerzas Militares.

La persona en cuyo favor se demandó no le imprimió ninguna respuesta, a pesar de que fue noticiado a través del albergue en el que se encuentra, como se aprecia en el archivo 32 del cuaderno de primera instancia.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La providencia fue dictada el 7 de mayo de los corrientes y resolvió:

“PRIMERO: CONCEDER la tutela impetrada por el señor ZHAMIR ALBERTO RINCÓN ZULUAGA, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.082.951.669, contra el MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR la nulidad de la orden administrativa No. 2077 de fecha 14 de noviembre de 2023, mediante la cual se ordena el traslado del señor Zhamir Alberto Rincón Zapata al Batallón de Infantería N° 36 “Cazadores”, ubicado en San Vicente del Caguán (Caquetá).

TERCERO: ordenar al Coronel GUSTAVO JOSÉ GUTIERREZ NAVARRO en su calidad de Director de Personal del Ejército Nacional, o quien haga sus veces, que en el término de diez (10) días contadas a partir de la notificación de esta decisión, disponga el traslado del señor ZHAMIR ALBERTO RINCÓN ZAPATA a una unidad en la ciudad de Medellín o Valle de Aburrá, a fin de que ejerza un acompañamiento adecuado a su hermano y funja como red familiar de apoyo.

CUARTO: NOTIFICAR lo aquí decidido a las partes por el medio más expedito (artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5º del Decreto 306 de 1992).

QUINTO: REMITIR oportunamente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 31 inciso 2º del Decreto 2591 de 1.991), en caso de no ser apelada la decisión”⁷.

⁵ Archivo 30 del cuaderno de primera instancia.

⁶ Archivo 31 del cuaderno de primera instancia.

⁷ Páginas 15 y 16 del archivo 005 del cuaderno de primera instancia.

Para llegar a la precitada decisión, consideró que la Fundación Hermanos de los Desvalidos, por medio de su equipo interdisciplinario, ha certificado en varias oportunidades y siendo la última de ellas el 12 de diciembre de 2023, que el señor Jhon Hans Rincón Zuluaga presenta diversos diagnósticos como epilepsia, retraso mental leve, abuso de sustancias psicoactivas, antecedentes quirúrgicos, discapacidad visual entre otros y actualmente cuenta con una ruta activa de psiquiatría en el Hospital Mental de Antioquia (HOMO) y está adherente al tratamiento farmacológico; que durante la estancia del señor Jhon Hans en el albergue: *“...ha tenido acompañamiento emocional por parte de su hermano, quien ha mantenido una comunicación constante vía telefónica, lo visita y comparte en espacios fuera del albergue, esto ha permitido que el ciudadano genere una mejor estabilidad en el estado psíquico – emocional, permitiendo un adecuado comportamiento, la relación con su hermano Samir Rincón permite fortalecer los vínculos familiares, siendo este su única red familiar”*⁸, lo que deja en evidencia, la necesidad de contar con la cercanía de su hermano, de cara a continuar con el apoyo emocional, económico y psicológico que representa, como lo ha hecho hasta la fecha.

Concluyó que, si bien el traslado se produjo bajo los parámetros de la necesidad del servicio, lo que en principio no derivaría en una vulneración a los derechos fundamentales del accionante, lo cierto es que el acto administrativo no tuvo en cuenta las condiciones particulares y familiares por las cuales atraviesa el accionante y su hermano, circunstancias que por su propio peso, debieron ser tenidas en cuenta al momento del traslado, lo que no afecta solo al interesado sino también a su colateral.

SUSTENTO DE LA IMPUGNACIÓN

La **Dirección de Personal del Ejército Nacional**⁹ alegó que no había sido notificada del trámite y seguidamente señaló que el actor sólo busca un trato diferencial, respecto a su traslado y solicitó que declare la improcedencia de la acción, por no haber conculcado ningún derecho fundamental.

Desde ya se deja dicho que no le asiste razón a la impugnante al indicar que no fue enterada del trámite, pues a través del Coronel Gustavo José Gutiérrez Navarro,

⁸ Pagina 14 del archivo 33 del cuaderno de primera instancia.

⁹ Archivo 35 del cuaderno de primera instancia.

director de personal del Ejército Nacional, se allegó la contestación a la acción de tutela, luego de su notificación y en la oportunidad procesal concedida por la juez de primera instancia, el mismo funcionario que presentó el escrito de impugnación, adujo su falta de notificación¹⁰.

CONSIDERACIONES

Esta Sala es competente para conocer de esta impugnación, de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, por su carácter de superior funcional del Juzgado Doce de Familia de Oralidad de Medellín que resolvió en primera instancia este asunto constitucional sometido a su verificación.

Para desarrollar el asunto, en primer lugar se debe recordar que la acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales constitucionales, cuando quiera que se presente una vulneración o amenaza inminente de uno de ellos por cualquier particular o autoridad pública, caracterizada por su naturaleza residual, subsidiaria e inmediata que resulta procedente cuando el afectado no goza de otro mecanismo efectivo para su protección y que debe ser formulada dentro de un término razonable.

En el presente asunto está acreditada, como presupuesto de la procedibilidad de la acción, la legitimación en la causa por activa, que radica en el señor Zhamir Alberto Rincón Zuluaga, quien estima conculcados sus derechos por parte del Ejército Nacional y frente a la pasiva, la citada está legitimada para resistir sus pretensiones, habida cuenta que en su contra fue dirigida la acción de amparo, a más de las direcciones que fueron vinculadas y que pueden afectarse con la decisión constitucional que se adopte.

De la solicitud de amparo se desprende que el accionante peticona que se le amporen sus derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad y a la familia, presuntamente vulnerados por la entidad accionada, quien no tuvo en cuenta su situación familiar y profirió la orden administrativa Nro. 2077 del 14 de noviembre de 2023, mediante la cual se ordenó su traslado al Batallón de Infantería Nro. 36 “Cazadores”, ubicado en San Vicente del Caguán (Caquetá), que le impide continuar

¹⁰ Tal y como se advierte a archivos 18 (página 34) y 35 del cuaderno de primera instancia

siendo la única red de apoyo con la que cuenta su único hermano, quien está en esta ciudad, en proceso de rehabilitación integral.

Si bien el accionante interpuso previamente una acción de tutela en contra de la entidad aquí accionada, lo cierto es que no existe duplicidad de acciones y mucho menos cosa juzgada, porqué en la precedente se controvertía la orden administrativa de personal 1385 del 15 de abril de 2021, que dispuso su traslado al Batallón de Operaciones Terrestres de Florencia (Caquetá), y sobre tal pedimento, el fallo de segunda instancia del 20 de agosto de 2021, que revocó el de primera, impuso al Director de Personal del Ejército Nacional el traslado del actor a la ciudad de Medellín, en aras de salvaguardar sus derechos a la unidad familiar y la especial protección de las personas en situación de discapacidad¹¹, es decir, la carga impuesta fue determinada por la orden de trasladar a Zhamir Alberto Rincón Zuluaga a la ciudad de Medellín, careciendo entonces de identidad de hechos y de pretensiones con la presente acción fundamental.

Con relación a la procedencia de la acción de tutela en contra de actos administrativos de traslado laboral, la Corte Constitucional ha establecido desde tiempo atrás que esta: *“será procedente para revocar una orden de traslado siempre y cuando se satisfaga lo siguiente: (i) que el traslado sea arbitrario, en tanto: (i.i) no obedece a criterios objetivos de necesidad del servicio, o (i.ii) no consulte situaciones subjetivas del trabajador que resultaban absolutamente relevantes para la decisión, o (i.iii) implique una clara desmejora en las condiciones de trabajo ,y (ii) que el traslado afecte de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del accionante y su núcleo familiar”*¹².

Y en cuanto al *ius variandi* del ente nominador para efectuar los traslados de personal, la Corte Constitucional, indicó que:

“(…) el empleador tiene la facultad para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar para que los servidores públicos presten sus servicios. Esto, en los términos de esta Corte, es lo que se conoce como el ius variandi, que constituye «una de las manifestaciones del poder subordinante que ejerce el empleador - público o privado- sobre sus trabajadores. Se concreta cuando el primero (empleador) modifica respecto del segundo (trabajador) la prestación personal del servicio en lo atinente al lugar, tiempo o modo del trabajo». Tratándose de empleador público, esta facultad «encuentra su fundamento en las facultades

¹¹ Archivos 001 a 008 del cuaderno de primera instancia.

¹² Sentencia T 528 del 15 de agosto de 2017 de la Corte Constitucional, M.P. Alberto Rojas Ríos.

constitucionales de que dispone la administración para satisfacer el interés general».

Límites al ejercicio del ius variandi por parte de la Administración. Aunque la facultad para efectuar traslados de personal dentro de las plantas de carácter global y flexible de algunas entidades públicas está amparada por la necesidad de satisfacer el interés general, «tal facultad discrecional no es absoluta por cuanto el acto administrativo de traslado debe sujetarse a la Constitución, en especial, al catálogo de derechos fundamentales». En desarrollo de tal premisa, esta Corporación ha desarrollado importantes líneas jurisprudenciales en las que ha decantado ciertas subreglas para determinar los límites del ius variandi, particularmente, respecto de la facultad de traslado de personal en distintos ámbitos de la Administración pública.

Ejercicio del ius variandi para el traslado de miembros de la fuerza pública. Teniendo en cuenta las finalidades del servicio que prestan los miembros de la fuerza pública, la Corte ha reconocido que en estos casos, la administración tiene un mayor grado de discrecionalidad en el ejercicio del ius variandi; sin embargo, a pesar de la amplitud de dicha facultad discrecional, las decisiones de traslado de servidores públicos deben ser respetuosas de los derechos fundamentales de los administrados. En esa medida, esta Corporación ha establecido que «la potestad discrecional de la autoridad nominadora para ordenar traslados se encuentra limitada, pues esta debe responder a una necesidad real y objetiva del servicio, y a su vez debe consultar la situación particular del empleado y de su núcleo familiar. Y, que la misma no afecte de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor y su grupo familiar»¹³.

En el plenario se encuentra acreditado que el señor Zhamir Alberto Rincón Zuluaga pertenece al Ejército Nacional, quien a través de su Comando General le comunicó que:

“Por intermedio de la Dirección de Personal, realizó el estudio de plan de carrera acorde con su Modelo de Clasificación por Especialidades (MOCE), valorando sus datos personales, profesionales; como su información registrada en el Sistema de Información de talento Humano (SIATH) y atendiendo las necesidades de la Fuerza ORDENA su traslado a: BICAZ – BATALLON DE INFANTERIA 36 CAZADORES DIV06/BR12/BICAZ.

Destinación:

Documento: OPA-2077 De fecha 14/11/2023

Fecha de presentación: 29/01/2024

Ubicación unidad. SAN VICENTE DEL CAGUÁN¹⁴ (Tal cual está en el texto).

También reposa prueba de que los señores Zhamir Alberto y John Hans Rincón Zuluaga son hermanos¹⁵, y que este último se encuentra en la Fundación Hermanos de los desvalidos, quien por demás certificó que:

¹³ Sentencia T 362 del 18 de octubre de 2022, Corte Constitucional M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁴ Página 24 del archivo 13 del cuaderno de primera instancia.

¹⁵ Páginas 26 y 27 del archivo 13 del cuaderno de primera instancia.

“El Ciudadano JHON HANS RINCÓN identificado con cedula de ciudadanía No 8.178.040, se encuentra en Albergues para el habitante de calle modalidad de Necesidades Especiales desde el 12 de febrero de 2015 hasta la fecha, clasificado como habitante de calle con ficha número 16129 desde el 31 de diciembre de 2014.

El Ciudadano JHON HANS RINCÓN presenta diverso diagnóstico tales como epilepsia, retraso mental leve, abuso de sustancias psicoactivas, antecedentes quirúrgicos, discapacidad visual entre otros; actualmente cuenta con ruta activa de psiquiatría en el Hospital Mental de Antioquia (HOMO) y se encuentra adherente al tratamiento farmacológico.

La atención que recibe el ciudadano JHON HANS RINCÓN al interior del albergue es integral y no tiene ningún costo, se realiza acompañamiento desde las áreas de, Trabajo Social, Psicología, Nutrición, Educación Especial, Deportes, Enfermería y área educativa.

En relación al comportamiento individual del ciudadano JHON HANS RINCÓN, este ha tenido moderada adherencia institucional, durante su estancia en el albergue ha tenido acompañamiento emocional por parte de su hermano, quien ha mantenido una comunicación constante vía telefónica, lo visita y comparte en espacios fuera del albergue, esto ha permitido que el ciudadano genere una mejor estabilidad en el estado psíquico – emocional, permitiendo un adecuado comportamiento, la relación con su hermano Samir Rincón permite fortalecer los vínculos familiares, siendo este su única red familiar”¹⁶.

Vistos los argumentos del accionante, de la entidad demandada y analizado el material probatorio obrante en el expediente, la Sala considera que, en el presente caso, no resulta procedente el uso de la acción de tutela para controvertir la decisión de traslado.

A lo anterior se llega, teniendo en cuenta que, si bien el accionante logró probar las afecciones en salud que padece su hermano Jhon Hans y su condición de habitante de calle en rehabilitación, ello no evidencia que el traslado que discute por esta vía, como lo ha establecido la precitada jurisprudencia, afecte de manera significativa la condición médica, física y psicológica de su consanguíneo y que el tratamiento que este recibe en el albergue en el que se halla, le impida otro tipo de comunicación constante por vía telefónica, visitarlo y compartir espacios por fuera del albergue, cuando cuente con permisos o vacaciones que le otorga la autoridad castrense a la que se encuentra adscrito, pues no reposa el criterio de un profesional que certifique que el señor Jhon Hans requiere del acompañamiento presencial por determinado tiempo y frecuencia por parte de su hermano Zhamir Alberto, como red de apoyo familiar y que no pueda proporcionar en razón de su traslado.

¹⁶ Página 115 del archivo 13 del cuaderno principal.

Además, la orden de traslado no desconoce ninguna de las sub reglas establecidas por vía jurisprudencial para que proceda la acción de tutela en este tipo de eventos. De esta manera no carece de motivación y no es arbitrario, teniendo en cuenta que se adoptó por criterios objetivos, como la necesidad del servicio y no afecta en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar que está compuesto a voces del accionante por su hermano Jhon Hans, ya que no está probado que las atenciones en salud, el alojamiento y la manutención que este requiere, no puedan seguir proporcionándosele debido a su traslado.

A lo anterior se agrega que, como regla general, las decisiones de traslado de la administración no pueden estar condicionadas por las conveniencias de tipo personal de cada uno de los funcionarios o empleados, pues ello vulneraría el derecho a la igual de otras personas, en este caso, las adscritas a las fuerzas Militares y haría inviable el cumplimiento de sus funciones constitucionales o legales. Por otra parte, respecto a la afectación de las condiciones familiares del peticionario, como se mencionó, no está probado que el traslado pueda causar un perjuicio grave y decisivo que haga inminente la protección constitucional, lo que deviene en que la acción de tutela no sea el mecanismo adecuado para solicitar la revocatoria o suspensión de un acto administrativo, pues el controvertido por el actor, goza del principio de legalidad, el cual puede ser atacado por la vía contencioso administrativa, aunado a que el actor también pudo efectuar las manifestaciones que hoy eleva por esta vía ante la Dirección de Familia y Bienestar de la Unidad castrense y que a voces de la accionada este no adelantó ningún trámite a efectos de impedir su traslado por la situación familiar que deprecia¹⁷.

En consecuencia, la existencia de otra vía judicial ante la cual el actor puede controvertir la actuación de la accionada, desplazan la acción de tutela como mecanismo judicial no idóneo. Así mismo, debe señalarse que cada vez que se está ante un traslado de un lugar de trabajo, se está haciendo uso del *ius variandi* por parte del empleador, lo cual no implica *per se* la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador.

Al no evidenciarse la inexistencia de mecanismos eficaces para procurar la protección de los derechos fundamentales presuntamente afectados y tampoco que

¹⁷ Página 14 del archivo 18 del cuaderno de primera instancia.

exista un perjuicio irremediable que haga necesaria la adopción de medidas transitorias dentro de la presente acción de tutela, no queda otra vía para esta Sala que la de **revocar** la sentencia impugnada para en su lugar declarar su improcedencia.

Por último, una vez se notifique esta providencia, se deberá enviar el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en la forma prevenida en el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020, por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, **la Sala Primera de Familia del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato constitucional,

FALLA

PRIMERO.- Revocar la sentencia del 7 de mayo de 2024 proferida por el Juzgado Doce de Familia de Oralidad de Medellín, dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Zhamir Alberto Rincón Zuluaga en contra del Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección de Personal del Ejército Nacional, a la que se vinculó el señor Jhon Hans Rincón Zuluaga, el Ejército Nacional y su Comando de Personal y las direcciones de Sanidad y de Familia y Bienestar, para en su lugar **declarar su improcedencia**, conforme a las consideraciones impresas en el cuerpo de esta decisión.

SEGUNDO.- Notificar a los interesados en la forma más expedita y enviar el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión en la forma prevenida en el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020, por el Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE



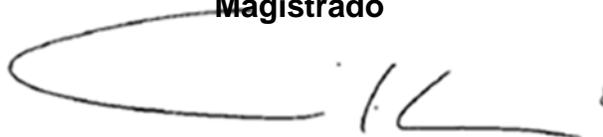
GLORIA MONTOYA ECHEVERRI

Magistrada



EDINSON ANTONIO MÚNERA GARCÍA

Magistrado



DARÍO HERNÁN NANCLARES VÉLEZ

Magistrado

Con salvamento de voto



TRIBUNAL SUPERIOR
Medellín

*DISTRITO DE MEDELLÍN
SALA PRIMERA DE DECISIÓN DE FAMILIA
MAGISTRADO DARÍO HERNAN NÁNCLARES VÉLEZ*

SALVAMENTO DE VOTO T

Asunto: Impugnación tutela

Accionante: Zhamir Alberto Rincón Zuluaga

Accionada: Ejército Nacional y otros

Providencia: Sentencia, de 2 de julio de 2024¹

Radicado: 05001311001220240011102
(2024-162)

Tribunal Superior de Medellín, Sala
Primera de Decisión de Familia

M P Dra. Gloria Montoya Echeverri

Con todo respeto, procedo a exponer las razones que me llevaron a salvar mi voto, en el referido caso.

De la carta Constitucional, artículo 86, se estila que el propósito de la tutela no es determinar si se cumplen o no supuestos de orden legal, sino si se violó un derecho fundamental, es decir, si la conducta, activa u

¹ El correo, para su notificación, según lo informado, se remitió, el 4 de julio de 2024, entendiéndose, en consecuencia, surtido el acto de enteramiento, pasados dos (2) días, luego del recibo, es decir, el 8 de julio siguiente, según se desprende de la Ley 2213 de 2022, artículo 8, aplicable, por remisión del Decreto 1069, de 26 de mayo de 2015, artículo 2.2.3.1.1.3.



omisiva, atribuida a la autoridad o al particular, infringe o amenaza prerrogativas de ese rango, cuya preservación deberá brindarse, en el evento de que se establezca su desconocimiento o su amenaza, dado que la Constitución es norma de normas (artículo 4) y, consiguientemente, la aplicación de otras disposiciones de rango inferior cede ante la presencia de preceptos constitucionales, estipulados para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, en un Estado social de derecho, entre cuyas finalidades se encuentran las de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes estipulados por la Carta Superior y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (artículo 2) y que reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de las personas (artículo 5 in fine).

Sobre el presupuesto de la subsidiariedad de esta acción tuitiva, cuando se trata de la reubicación laboral de los servidores del Estado, la jurisprudencia de:

“33. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-468 de 2020, reiteró la jurisprudencia constitucional² sobre el requisito de subsidiariedad en los casos de reubicación de servidores del Estado. En esa ocasión, la Sala recordó que, según la

² La Sala, compuesta por las magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger y José Fernando Reyes Cuartas, citó y reiteró las sentencias T-796 de 2005, T-210 de 2014, T-608 de 2014, T-682 de 2014, T-425 de 2015, T-319 de 2016, T-376 de 2017 y T-528 de 2017.



jurisprudencia constitucional, **el acto que resuelve la solicitud de traslado de un servidor 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"**. Igualmente, precisó que la afectación de los derechos fundamentales alegada, primero, tiene que estar debidamente probada y, segundo, **debe traducirse en cargas desproporcionadas e irrazonables para el trabajador y su familia, en el entendido de que la mayoría de los traslados ordenados por necesidad del servicio implican un margen razonable de desequilibrio en la relación familiar, pues suponen la reacomodación del servidor y cambios frente a la cotidianidad de sus labores**³.

"34. En ese contexto, dijo la Sala Sexta de Revisión, la afectación clara, grave y directa de los derechos fundamentales se presenta en los siguientes eventos: "a) **la decisión sobre [el] traslado laboral genera serios problemas de salud, especialmente porque en la localidad de destino no existan las condiciones para brindar el cuidado médico requerido;**

³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-319 de 2016. Citada en la sentencia T-468 de 2020 (pie de página 57)



b) *La decisión sobre [el] 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; [y] 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 traslado*". A continuación, se hará referencia al alcance de estas hipótesis y, sobre tales premisas argumentativas, la Sala entrará a valorar el caso en concreto (*infra* num. 3.1.4.).

"35. Resulta del caso precisar, de acuerdo con las consideraciones de la sentencia T-468 del año 2020, que "(...) *el estudio preliminar de estos [eventos] se limita a establecer si hay una vulneración de derechos fundamentales, prima facie*". A juicio de la Sala, lo dicho en el párrafo precedente implica que *"en esta fase analítica la conclusión sobre la vulneración de derechos alegada no es definitiva, ya que esta se limita a determinar si se cumplen los requisitos de procedencia para que la tutela sea analizada de fondo"*⁴⁵.

En cuanto al **"deber de solidaridad de la familia y del Estado frente a las personas en**

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-468 de 2020.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-252, de 3 de agosto de 2021, M P Dra Paola Andrea Meneses Mosquera.



situación de calle", la Corte Constitucional, en sentencia T-428-22⁶, decantó:

"La solidaridad es un principio fundante del Estado Social de Derecho (artículo 1 de la Constitución), un fin esencial del Estado (artículo 2 de la Carta) y un deber social que impone responder con "acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas" (artículo 95.2 de la Constitución Política). Este deber se armoniza con el derecho que tienen las personas de recibir la misma protección y trato de las autoridades y gozar de sus derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación (artículo 13), y con el deber del Estado y la sociedad de garantizar la protección integral de la familia y de las relaciones familiares, basada en la igualdad de derechos y deberes, y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes (artículo 42).

"La solidaridad representa no solo un límite al ejercicio de los propios derechos, sino que permite fundamentar deberes jurídicos tendientes a beneficiar a otros, en especial a favor de quienes se encuentran en una condición de vulnerabilidad, exigibles no solo del Estado, sino también de la sociedad, y en especial de la familia. En ese sentido, la Sala Plena de este tribunal ha indicado:

⁶ 30 de noviembre de 2022, M P Dr Antonio José Lizarazo Ocampo.



"al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien de manera indirecta, a través de la inversión en el gasto social, o bien de manera directa, adoptando medidas en favor de aquellas personas que, por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Es claro que el Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependan las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones. Pero, el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental. Entre los particulares, dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad".

"Con fundamento en este principio, aunque el Estado y la familia concurren en el deber de prestar asistencia y protección, la última es la primera en asumir dicho deber. Por lo tanto, es la que, en principio, está encargada de la atención requerida por sus integrantes, sin perjuicio del deber constitucional que obliga al Estado a



salvaguardar los derechos fundamentales de los asociados. Así lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional:

*"La sociedad colombiana, fiel a sus ancestrales tradiciones religiosas, sitúa inicialmente en la familia las relaciones de solidaridad. Esta realidad sociológica, en cierto modo reflejada en la expresión popular 'la solidaridad comienza por casa', tiene respaldo normativo en el valor dado a la familia como núcleo fundamental (CP. art. 42) e institución básica de la sociedad (CP. art. 5). **En este orden de ideas, se justifica exigir a la persona que acuda a sus familiares más cercanos en búsqueda de asistencia o protección antes de hacerlo ante el Estado, salvo que exista un derecho legalmente reconocido a la persona y a cargo de éste, o peligren otros derechos constitucionales fundamentales que ameriten una intervención inmediata de las autoridades** (CP art. 13).*

*"Ese deber se refuerza cuando el integrante de la familia que requiere medidas de asistencia y protección es un sujeto de especial protección constitucional, como la persona en condición de calle. **Este tipo de sujetos, por sus condiciones particulares de existencia, están expuestos a una mayor probabilidad de afectación de sus derechos fundamentales.** Sobre el particular, en la Sentencia T-032 de 2020 se indicó que la omisión injustificada de las obligaciones de los parientes, derivadas del principio de*



solidaridad, constituye una especie de violencia intrafamiliar. Este deber, en todo caso, no se limita, simplemente, al suministro de un auxilio económico que permita solventar, en cierta medida, las necesidades básicas insatisfechas de la persona habitante de calle, sino que se amplía a exigencias de atención, cuidado, afecto y amor, acciones propias de los seres humanos, derivados de los vínculos de solidaridad familiar.

"A partir de la obligación del Estado de desarrollar acciones afirmativas a favor de las personas "marginadas" (artículo 13, inciso segundo, de la Constitución), y que garanticen su protección en el marco de la igualdad y la solidaridad, el Gobierno nacional adoptó la "Política Pública Social para Habitantes de la Calle 2022 - 2031", con el objetivo de garantizar la promoción, protección y restablecimiento de los derechos de esta población, su atención integral, rehabilitación e inclusión social, así como disponer la formulación del plan nacional de atención integral a las personas habitantes de la calle. Esta política, derivada de la Ley 1641 de 2013, se fundamenta en el respeto y la garantía de los derechos y libertades constitucionales y, especialmente, en los principios de dignidad humana y solidaridad y pretende acercarse al ideal de lograr la inclusión social de la población habitante de calle".

En el asunto, objeto de este salvamento, las manifestaciones del actor, vertidas en la demanda, sus



contestaciones, los documentos aportados y obrantes en el dossier, dan cuenta que:

La Sala Penal de esta corporación, por medio de su sentencia, de 20 de agosto de 2021, dictada en la acción de tutela, con radicado 05001-31-09-001-2021-00076 (161), incoada por el señor “Zhamir Alberto Rincón Zapata contra el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional” (archivo 4, c p), tras *“conceder el amparo de los derechos a la unidad familiar y la especial protección de las personas en situación de discapacidad invocados por el accionante”*, le ordenó, al *“Director de Personal del Ejército Nacional o quien haga sus veces, que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta decisión, disponga el traslado de Zhamir Alberto Rincón Zapata a la ciudad de Medellín, con el fin de permitirle realizar acompañamiento apropiado a su hermano, como red familiar de apoyo”* (f 7 ídem), para lo cual arguyó y concluyó que:

“Es palmario que Jhon Hans Rincón Zuluaga requiere acompañamiento familiar, según lo indicado por las profesionales encargadas del cuidado de este en la fundación, en aras de garantizar su salud emocional, por lo que es fundamental que sea su único familiar [Zhamir Alberto] quien le brinde el acompañamiento apropiado para hacer frente a su situación actual. Y si esa afirmación no fue



controvertida por la accionada, deberá tenerse por cierta (...)

“Con base en lo expuesto, el Tribunal afirma que la negativa ante la solicitud de reconsideración de traslado elevada por el actor es arbitraria, en tanto, si bien obedece a criterios objetivos de necesidad del servicio, no consultó la situación particular del señor Zhamir Alberto ni de su núcleo familiar. Sumado a esto, con tal decisión se afectaron de forma grave y directa los derechos fundamentales de su hermano, dada la gravedad de sus padecimientos y las implicaciones que ello tiene en su red de apoyo familiar” (fs 6 ídem. Texto en corchete no es del original).

El señor Zhamir Alberto Rincón Zapata, acudió a este sendero constitucional, porque, el “15 de noviembre de 2023, me fue notificado al correo institucional la Orden Administrativa de Personal (OAP) N° 2077 de fecha 14 de noviembre de 2023, mediante la cual se ordena mi traslado al Batallón de Infantería N° 36 “Cazadores”, ubicado en San Vicente del Caguán (Caquetá), con fecha de presentación 29 de enero de 2024” (pág. 8, demanda).

El anotado traslado se dispuso, pese a que:



(i) El gestor de la demanda sigue siendo el único apoyo de su hermano Jhon Hans Rincón Zuluaga, quien es un habitante de calle, que se encuentra en un proceso de resocialización, presenta múltiples afectaciones, en su salud e integridad personal, derivadas de una herida, *“con arma de fuego en el cráneo que le causó una pérdida total del ojo derecho y el 80% del izquierdo, pérdida del olfato, disminución del sentido auditivo y padecimiento de ataques epilépticos, siendo diagnosticado como discapacitado y quien actualmente se encuentra internado en la Fundación Hermanos de los Desvalidos de la ciudad de Medellín”* (f 1, fallo del Tribunal).

(ii) La fuerza castrense demandada, cuando trasladó al convocante, conocía, no solo la referida orden, impartida por el juzgador penal, sino también de las especiales circunstancias familiares, entre el pretensor y su discapacitado hermano, y,

(iii) que, desde el 2020, el promotor de la aludida querrela supralegal, *“Elevó ante el Comando de Personal del Ejército Nacional una solicitud para no ser trasladado a unidades ubicadas fuera de Medellín o del Área Metropolitana, porque él es la única red familiar que posee su hermano Jhon Hans Rincón y no podría suplir las necesidades que no son satisfechas por la fundación, continuar semanalmente realizando visitas, programando salidas los*



fin de semana y brindándole el soporte emocional que precisa para su recuperación” (f 1, fallo del Tribunal).

Pese a lo expuesto, la Sala, por mayoría, decidió **“Revocar** la sentencia del 7 de mayo de 2024 proferida por el Juzgado Doce de Familia de Oralidad de Medellín, dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Zhamir Alberto Rincón Zuluaga en contra del Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección de Personal del Ejército Nacional, a la que se vinculó el señor Jhon Hans Rincón Zuluaga, el Ejército Nacional y su Comando de Personal y las direcciones de Sanidad y de Familia y Bienestar, para en su lugar **declarar su improcedencia”** (f 10 ídem).

De la decisión, a la cual arribó la mayoría, me aparté, por cuanto la estimé anfibológica, al contrastar sus antecedentes y sus propias motivaciones, y porque, además, dejó de lado precedentes judiciales, como los citados, desbordando los lindes del proceso debido (Constitución Política, artículo 29), aplicable a toda clase de actuaciones, judiciales y administrativas, cardinal principio que involucra, entre otros, **la congruencia y armonía de todo el ordenamiento jurídico, y con ello, la materialización del principio de la seguridad jurídica, al igual que la denominada continencia de la causa,** que no resultan ajenos a la acción de tutela, la cual, de ese modo, aflora impregnada de civilidad y democracia, realizándose así la dignidad de la persona humana.



En efecto, más allá de la distancia temporal que existe entre las decisiones de traslado, en cuanto a la que fue materia de la referida acción superior, ***no se halla variación sustancial, entre en los supuestos que fundaron el amparo, definido por la Sala Penal de esta corporación, y el que es objeto de este salvamento***, vale decir, entre el 2021, hasta la fecha del fallo de la Sala de Familia, pues persiste la condición de discapacitado, en situación de calle, del señor Jhon Hans y su relación parental afectiva, con su hermano, el demandante, como su única familia, quien, tiempo ha, viene suministrándole el afecto, la ayuda y la atención que urge, que no puede recibir de otro allegado, porque no lo tiene, para afrontar las dolencias que soporta, consistentes, inclusive, en alteraciones mentales, de alcance psiquiátrico, y de otras que afectan su salud.

Por tanto, en presencia de las esbozadas circunstancias, el fustigado traslado incide, cardinal y negativamente, no solo en la salud de Jhon Hans, sino básica y esencialmente, en su núcleo familiar, desintegrándolo, dado que el demandante ya no podrá atenderlo, con la presteza requerida, y no podrá compartir con aquel personalmente sus estrechos nexos afectivos, lo que redundará negativamente, en la salud e integridad personal del discapacitado, quien es una persona que goza de la especial protección estatal (artículo 13).

La decisión mayoritaria también deja de lado, sin una razón plausible, la carga que soporta el Estado,



de “desarrollar acciones afirmativas a favor de las personas “marginadas” (artículo 13, inciso segundo, de la Constitución), y que garanticen su protección en el marco de la igualdad y la solidaridad”⁷, a la vez que le impide al pretensor cumplir con la solidaridad, asistencia y protección que debe brindarle a su consanguíneo (Constitución Política, artículos 5 y 42).

Obsérvese que, como se indicó en el fallo de la Sala Penal, la fundación, donde Jhon Hans se encuentra internado, claramente dio cuenta de la atención que le brinda su hermano Zhamir Alberto Rincón Zuluaga, de los nexos entre ellos, de ser solo este, con quien puede compartir y de otras situaciones vasculares, circunstancias que denotan que, apartarlos, a raíz del traslado del actor a otra ciudad, finiquita la posibilidad de que el demandante pueda asistirlo prontamente, en caso de una epicrisis, además de que aquel no podrá contar con su afecto, permanente y cercano, **situaciones que me llevan a afirmar que el aludido traslado resulta abiertamente arbitrario, genera la fractura de la referida célula familiar** y desconoce la solidaridad requerida, por las personas que se encuentran en situación de calle.

Desde luego que, la resolución del Tribunal no podía fundarse, en que el traslado no le afectaba al actor el *ius variandi*, porque ello no fue lo que adujo, ni tampoco en la falta de la prueba que reclamó la Sala, cuya

⁷ Sentencia T428-22, citada.



práctica bien pudo ordenarse en cualquiera de las instancias, ni que el pretensor pueda contar, para visitar a su enfermo hermano, *"con permisos o vacaciones que le otorga la autoridad castrense a la que se encuentra adscrito, pues no reposa el criterio de un profesional que certifique que el señor Jhon Hans requiere del acompañamiento presencial por determinado tiempo y frecuencia por parte de su hermano Zhamir Alberto, como red de apoyo familiar y que no pueda proporcionar en razón de su traslado"* (f 8, sentencia), pues si fuera así, ninguna tutela estaría llamada a prosperar, por situaciones similares, a las planteadas, en el referido caso.

Por ello, estimé que la sentencia de primer nivel merecía el respaldo del Tribunal, con base, inclusive, en la jurisprudencia acopiada, en la sentencia. Sin embargo, otra fue la determinación tomada por la mayoría, de la cual disentí.

Es mi salvamento de voto.

Honorables Magistrada y Magistrado,

Medellín, 11 de julio de 2024

DARÍO HERNÁN NANCLARES VÉLEZ
MAGISTRADO.