

Sentencia T-543/09

ACCION DE TUTELA Y TRASLADO LABORAL-Casos en que el Juez de tutela puede intervenir con el fin de amparar derechos fundamentales

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Características

TRASLADO DE DOCENTE-No es absoluto

IUS VARIANDI-Alcance y límites

IUS VARIANDI-Límites

IUS VARIANDI-Situaciones que se deben distinguir

IUS VARIANDI-Facultad del empleador de ordenar traslados/**IUS VARIANDI**-Factor funcional y factor territorial

DERECHOS DEL MENOR A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA

ACCION DE TUTELA-Traslado docente por enfermedad

Referencia: expediente T-2.224.210

Acción de Tutela instaurada por la señora Guadalupe Moreno Mena en contra de la Gobernación del Chocó y la Secretaría de Educación del Departamento del Chocó.

Magistrado Ponente:

**Dr. JORGE IGNACIO PRETELT
CHALJUB**

Bogotá D.C., seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009)

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub - quien la preside - Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela adoptado por el Tribunal Superior de Quibdó – Sala Única, del 20 de febrero de 2009, mediante el cual revocó la sentencia impugnada, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, del 16 de diciembre de 2008, y por lo tanto, negó el amparo solicitado por la señora Guadalupe Moreno Mena.

1. ANTECEDENTES

1.1. SOLICITUD DE TUTELA

La señora Guadalupe Moreno Mena, solicita que se le tutelen los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida, a la dignidad humana y a un trabajo digno, y por consiguiente, se le traslade a otra institución educativa cercana al municipio de Quibdó, hasta que se resuelva definitivamente la acción que debe instaurar ante la jurisdicción competente.

1.2. HECHOS Y RAZONES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

- 1.2.1.** La señora Guadalupe Moreno Mena es docente, nombrada en propiedad al servicio del Departamento del Chocó desde hace 18 años. Durante ese tiempo ha laborado en zonas rurales, y antes del último traslado se desempeñaba en la I.E. Samurindo en el municipio de Atrato. La Secretaría de Educación, mediante resolución 1252 del 8 de agosto de 2008, la trasladó para la I.E. Llano de Bebarama sede El Limón, municipio del Medio Atrato.
- 1.2.2.** Manifiesta la accionante, que una de sus preocupaciones tiene que ver con su salud; presenta la siguiente patología: hernia discal L5-S1, la cual le ocasiona dolor lumbar frecuente y en ocasiones incapacitante, por lo que fue remitida a neurocirugía.
- 1.2.3.** Por lo anterior, debe acudir al médico con frecuencia por inflamación del extremo derecho de su cuerpo, situación que le ocasiona limitación funcional. Por esto recibe terapias sin mejoría. Por otro lado, sostiene que presenta traumatismo en el ojo derecho y rinofaringitis.
- 1.2.4.** De conformidad con la valoración realizada por salud ocupacional, debe evitar las caminatas frecuentes, por caminos con obstáculos o tortuosos, así como no realizar viajes frecuentes por carreteras destapadas o en botes. Igualmente, se le recomendó en lo posible, no subir y bajar pendientes o escaleras.
- 1.2.5.** Mediante peticiones escritas y verbales, solicitó a la Secretaría de Educación Departamental que la reubiquen en un lugar cercano donde pueda ser asistida por un hospital de segundo nivel, en caso de crisis.

- 1.2.6.** Asegura la accionante, que a la fecha de interponer la presente tutela, no había obtenido respuesta de esa dependencia gubernamental. Y agrega, que su solicitud la hace porque su estado de salud es riesgoso y teme por su vida si no cumple las recomendaciones médicas, dado que sus dolencias, son consecuencia de la prestación del servicio en las zonas rurales donde ha venido laborando.
- 1.2.7.** Dice además la accionante, que el derecho a la salud está por encima de la educación, y no comprende como la Secretaría de Educación Departamental no garantiza los derechos fundamentales de sus docentes.
- 1.2.8.** Así mismo, manifiesta que su salud es delicada y que para asistir a su trabajo, debe ir por vía acuática, con una duración de casi 8 horas; y por recomendación médica, no puede permanecer tanto tiempo sentada. Además, el hospital de segundo nivel queda bastante distante del nuevo sitio de trabajo al cual fue trasladada.
- 1.2.9.** Y por último, sostiene la accionante que su otra preocupación tiene que ver con que es madre cabeza de hogar con un hijo de 9 años de edad, que está bajo su cuidado y responsabilidad, por tanto requiere de su presencia. Su preocupación, entre otras, consiste en la separación de su hijo, quien debe permanecer en Quibdó al cuidado de otra persona lejos de ella, a causa de la zona a la que fue trasladada, y solo puede visitarlo una vez por mes.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó-Chocó, admitió la solicitud el día 4 de diciembre de 2008. Dentro de las pruebas, requirió al Departamento del Chocó y a la Secretaría de Educación del Departamento, un informe pormenorizado de los hechos y los motivos por los cuales no se atendió la petición del accionante.

1.3. CONTESTACIÓN DEL ORGANISMO ACCIONADO.

En el término del traslado, el señor Gobernador del Departamento del Chocó, respondió la solicitud del Juez de Tutela y manifestó lo siguiente:

- 1.3.1.** Argumentó, que la tutela solo se propone cuando el afectado no cuenta con otros mecanismos de defensa judicial y que en este caso debe acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.
- 1.3.2.** Sostiene que los actos administrativos como la Resolución 1252 del 8 de agosto de 2008, mediante la cual se ordenó el traslado, se encuentran protegidos por la presunción de legalidad, por lo tanto, al particular le corresponde utilizar los medios judiciales para desvirtuar la fuerza desvinculante y obligatoria.

- 1.3.3.** Respecto de la violación al derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, la dignidad humana y el derecho al trabajo, el accionado manifiesta que la docente en el nuevo cargo, tiene las mismas funciones y el mismo salario que venía devengando, por lo tanto no se le ha violado derecho alguno, y además, en ningún momento la valoración médica dice que la señora Guadalupe Moreno está imposibilitada para realizar las labores de docente.
- 1.3.4.** Sustenta la decisión de trasladar la docente, en el hecho de que la Secretaría de Educación Departamental envió una comisión a visitar a la I.E. del Municipio del Atrato, para realizar un estudio técnico sobre la planta de personal docente y administrativo, la que arrojó como resultado, que el preescolar y la básica primaria de la Institución tenía un total de 94 alumnos atendidos por 6 docentes, y que aplicando el artículo 11 del Decreto 3020 de 2002, se necesitaban solamente 4 docentes para el número de estudiantes atendidos en dicha institución.
- 1.3.5.** Manifiesta, que el empleador tiene la facultad vinculante para modificar las condiciones laborales del trabajador en cuanto a tiempo, modo, cantidad y lugar de trabajo, fenómeno jurídico conocido como el “ius variandi”. Dice además, que una finalidad del Estado Social de Derecho es garantizar que la cobertura del servicio público de educación de los niños tenga un alcance total sin que se pueda disminuir por las supuestas circunstancias que presenta un determinado lugar, y considera, que el traslado solicitado es improcedente por la simple evocación de un riesgo posible.
- 1.3.6.** Aclara, que tanto la Ley 715 de 2001, como el Decreto Reglamentario 3222 de 2003, faculta al Nominador de los Entes Territoriales Certificados para el traslado del personal docente y directivo docente a su cargo, cuando para la debida prestación del servicio educativo se requiera el traslado de uno de ellos.
- 1.3.7.** Por último, manifiesta que los anteriores argumentos permiten desechar los planteamientos presentados por la actora, por las siguientes razones: 1) La discrecionalidad no viola el estado de derecho, pues no se puede entender como sinónimo de arbitrariedad y se encuentra sometida a control judicial. 2) El deber de motivación es una garantía contra eventuales arbitrariedades, pues obliga a la administración a explicar las razones que justifican el traslado. Según el artículo 22 de la Ley 715 de 2001, los traslados proceden “*para la debida prestación del servicio educativo*” porque de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución, los derechos de los niños prevalecen sobre los demás.

1.4. PRUEBAS DOCUMENTALES.

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

- 1.4.1.** Evaluación laboral de fecha 15 de septiembre de 2008, expedida por Comfachoco, en el cual consta: *“Paciente con diagnóstico de hernia discal lumbar L5 – S1, quien presenta dolor lumbar frecuente en ocasiones incapacitantes por lo que fue remitida a neurocirugía. (...) CONCEPTO: Debido a su patología reciente la docente debe evitar:*
- *Realizar caminatas frecuentes*
 - *Caminar por caminos con obstáculos o tortuosos*
 - *Viajes frecuentes por carretera destapada o botes*
 - *Subir y bajar pendientes o escaleras frecuentemente”*
- 1.4.2.** Remisión a la Secretaría de Educación Departamental, de la valoración médica de la accionante por parte de la Oficina de Salud Ocupacional, del 16 de septiembre de 2008.
- 1.4.3.** Comunicación de traslado de agosto de 2006, para la sede de Samurindó Inocencio Chino del Municipio de Quibdó, para el área básica de primaria.
- 1.4.4.** Comunicación de traslado del 8 de agosto de 2008, para la I.E./C.E. Llano de Bebarana sede El Limón municipio Medio Atrato.
- 1.4.5.** Copias de fórmulas médicas.
- 1.4.6.** Solicitud de remisión a neurocirugía, expedida por Comfachocó del 10 de septiembre de 2008.
- 1.4.7.** Copia de estudio realizado por el Instituto Neurológico de Antioquia del 11 de julio de 2004, el cual concluye lo siguiente: *“Protrusión discal central L4-L5 con probable repercusión radicular L5 izquierda.”*
- 1.4.8.** Copia de historia clínica de la accionante, diligenciada por Comfachocó en la ciudad de Quibdó el día 2 de julio de 2007, donde consta su ingreso a la Clínica por dolor en la columna.
- 1.4.9.** Copia de la evaluación realizada a la accionante en el Hospital Lascario Barboza Avendaño del Chocó, fechado el 17 de mayo de 2004, que dice textualmente: *“Paciente de 32 años, residente en Acandí, soltera 1 hija, trabaja como educadora. Cuadro de evolución de 15 días de dolor lumbar derecho interno, que limita en todas sus actividades diarias y aún en reposo.”* En el mismo documento se le remite a ortopedia.
- 1.4.10.** Comunicación de la Secretaría de Educación y Cultura del departamento del Chocó, de fecha 31 de agosto de 2004, en la cual se informa a la docente que debe prestar sus servicios en el Colegio Adventista de Quibdó, hasta tanto el Comité de traslado defina su situación.

- 1.4.11.** Respuesta de la Gobernación del Chocó de fecha 1 de octubre de 2008, al derecho de petición presentado por la docente.
- 1.4.12.** Copia de declaración extraproceso de fecha 1 de diciembre de 2008, realizada por la señora María Rosalba Quintero Ruiz, donde consta que la hija de la accionante se encuentra bajo la responsabilidad de la docente y depende económicamente de ella, por ser la persona que le suministra su subsistencia y manutención.

2. DECISIONES JUDICIALES

2.1. PRIMERA INSTANCIA: JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, en providencia del 16 de diciembre de 2008, amparó los derechos a la vida, a la salud y al trabajo en condiciones dignas, por los hechos que dieron origen a la solicitud de tutela presentada por la señora Guadalupe Moreno Mena, y ordenó al Departamento del Chocó, a través de su representante legal que: *“... dentro del término de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a la expedición del acto administrativo que deje sin efectos, en lo que a la accionante se refiere, el acto administrativo resolución número 1252 del 8 de agosto de 2008, proferido por la Secretaría de Educación del Departamento del Chocó.”*

2.2. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO.

El A-quo, dentro del análisis de los hechos precisó:

“Es por ello que de manera reiterada ha sostenido la Honorable Corte Constitucional, que actos de la administración que de ordinario son ampliamente discrecionales, como la autorización de un traslado, dejan de serlo cuando, a más de la consideración regular de las necesidades y conveniencias del servicio, deben tomarse en cuenta riesgos graves o amenazas serias contra la vida de los empleados o trabajadores a cargo de la prestación del servicio, que ellos no deban afrontar por razón de la profesión u oficio que desempeñan. Pues en semejante circunstancias, la protección de la vida de las personas prima sobre otras consideraciones, y puede llegar a afectar la continuidad en la prestación del servicio.”

(...)

Frente a tal situación, la administración no puede desconocer que la accionante se encuentra radicada con su núcleo familiar en la ciudad de Quibdó, que el corregimiento del Llano de Bebará, queda ubicado a más de 6 horas en bote, y que dicho desplazamiento constituye un grave riesgo para la salud de la actora. Razón por la cual, atendiendo las recomendaciones médicas, es del caso conceder el amparo solicitado, dejando sin efectos en lo que a la accionante se refiere el acto administrativo resolución número 1252 del 8 de agosto de 2008, proferido por la Secretaría de Educación del Departamento del Chocó.”

2.3. IMPUGNACIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA.

Dentro del término legal, la parte accionada presenta impugnación con los siguientes argumentos:

- 2.3.1.** Dice que la sentencia debe ser motivada. *“Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones.”*
- 2.3.2.** Sostiene que: *“El ordenar dejar sin efectos un acto administrativo que reviste toda la presunción de legalidad, indiscutiblemente constituye inmiscuirse en la función administrativa propias de las funciones desarrolladas por este ente territorial.”*
- 2.3.3.** El accionado dice, que la señora Moreno no demostró la crisis económica en que se encuentra, condición inicial para considerar que se está ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable.
- 2.3.4.** Finalmente, solicita se revoque el fallo proferido.

2.4. SEGUNDA INSTANCIA: TRIBUNAL SUPERIOR DE QUIBDÓ – SALA ÚNICA.

El Tribunal Superior de Quibdó – Sala Única, mediante fallo del 20 de febrero de 2009, ordenó revocar la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, del 16 de diciembre de 2008.

2.5. CONSIDERACIONES DE LA SEGUNDA INSTANCIA.

- 2.5.1.** Señala el Tribunal Superior de Quibdó – Sala Única, que la pretensión de la accionante es mediante la acción de tutela, dejar sin vigencia la Resolución 1252 del 8 de agosto de 2008, que dispuso su traslado de la I.E. Samurindó en el Municipio de Atrato para la I.E. Llano de Bebarana, Sede El Limón, Municipio de Medio Atrato.
- 2.5.2.** El Ad- quem observa que al analizar el expediente, se advierte que la acción de tutela resulta improcedente dado que el mecanismo idóneo para lograr su pretensión es la vía judicial, e incluso esta jurisdicción, le permite la suspensión provisional del acto administrativo en el auto de admisión de la demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Además, deberá examinarse si existe o no la inminencia de un perjuicio irremediable no evitable de otra manera, y como única posibilidad para que la acción impetrada se torne procedente.
- 2.5.3.** Sostiene además, que correspondería al juez de tutela considerar si las limitaciones físicas puestas de presente por la docente, para proteger su derecho a la salud, tienen una relación directa con las condiciones exigidas para cumplir su trabajo y que pongan en riesgo su salud y su vida.
- 2.5.4.** Pero en el caso concreto, no existe amenaza que empeore su condición de salud o su vida, pues tanto la patología referida como la rinofaringitis y el traumatismo del ojo, permiten que desde su nueva sede, puede cumplir las recomendaciones prescritas por el médico tratante de COMFACHOCÓ. Y concluye, que no se vislumbra en la actuación que la accionante se halle en una situación de debilidad manifiesta.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. COMPETENCIA.

Esta Corte es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

3.2. EL PROBLEMA JURÍDICO.

El presente caso, gira en torno a establecer si la decisión de la Gobernación del Chocó y de la Secretaría de Educación Departamental para trasladar a la accionante, una docente de 37 años de edad y con limitaciones en la salud ocasionadas por una hernia discal, a un sitio donde debe recorrer un trayecto vía acuática, durante casi 8 horas, vulnera sus derechos fundamentales a la salud y al derecho al trabajo en condiciones dignas, y a no separarse de su hijo menor de 9 años de edad,

a quien debe dejar en Quibdó al cuidado de otra persona, y al que solo puede ver una vez al mes.

Para tales efectos, la Corte reiterará (i) la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio en casos de traslados de funcionarios cuando está de por medio la salud y su relación con el trabajo en condiciones dignas y justas, (ii) jurisprudencia en relación con el ejercicio del *ius variandi* (iii) El derecho del menor de edad a tener una familia y a no ser separada de ella. Por último se analizará el caso concreto.

3.2.1. Procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio en casos de traslado de funcionarios cuando está de por medio la salud y su relación con el trabajo en condiciones dignas y justas. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional ha reiterado que, como regla general, la acción de tutela resulta improcedente para controvertir decisiones de la administración pública referentes a traslados, por cuanto existen en el ordenamiento jurídico otras vías procesales especiales, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho¹. No obstante de manera excepcional, esta Corporación ha admitido la procedencia de la acción de tutela ante situaciones fácticas muy especiales en las cuales se evidencie la existencia de una amenaza o vulneración a derechos fundamentales del trabajador o de su núcleo familiar². De allí la necesidad de precisar (i) si la decisión es ostensiblemente arbitraria, en el sentido de haber sido adoptada sin consultar en forma adecuada y coherente las circunstancias particulares del trabajador e implique una desmejora de sus condiciones de trabajo³; y (ii) si afecta en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar.

Sobre este último presupuesto, la Corte ha precisado que puede verse afectado en forma grave un derecho fundamental en los siguientes eventos:

¹ Ver sentencias T-1156 de 18 nov. 2004 MP. Marco Gerardo Monroy, T-346 de 30 de marzo 2001 MP. Jaime Araujo Rentería, T-1498 de 2 nov. 2000 MP. María Victoria SÁCHICA, T-965 de 31 de julio 2000 MP. Eduardo Cifuentes, T-288 de 4 de junio 1998 MP. Fabio Morón Díaz, T-715 de 16 dic. 1996 MP. Eduardo Cifuentes, T-016 de 30 de enero 1995 MP. José Gregorio Hernández y T-483 de 27 de octubre 1993 MP. José Gregorio Hernández.

² Ver sentencias: T-468 de 13 de junio 2002 MP. Eduardo Montealegre, T-346 de 30 de marzo 2001 MP. Jaime Araujo Rentería, T-077 de 29 de enero 2001 MP. Fabio Morón Díaz, T-1498 de 2 de nov. 2000 MP. María Victoria SÁCHICA, T-965 de 31 de julio 2000 MP. Eduardo Cifuentes, T-355 de 27 de marzo 2000 MP. José Gregorio Hernández, T-503 de 13 de julio 1999 MP. Carlos Gaviria Díaz, T-288 de 4 de junio 1998 MP. Fabio Morón Díaz, T-715 de 16 de dic. 1996 MP. Eduardo Cifuentes, T-016 de 30 de enero 1995 MP. José Gregorio Hernández.

³ T-715 de 16 de enero de 1996 MP. José Gregorio Hernández y T-288 de 4 de junio de 1998 MP. Fabio Morón Díaz.

- a. Cuando el traslado laboral genera serios problemas de salud, *“especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones para brindarle el cuidado médico requerido”*⁴.
- b. Cuando el traslado pone en peligro la vida o la integridad del servidor o de su familia⁵.
- c. En los casos en que las condiciones de salud de los familiares del trabajador, pueden incidir, dada su gravedad e implicaciones, en la decisión acerca de la constitucionalidad del traslado.
- d. En eventos donde la ruptura del núcleo familiar va más allá de una simple separación transitoria, ha sido originada por causas distintas al traslado mismo o se trata de circunstancias de carácter superable.

De llegar a configurarse alguna de las anteriores hipótesis, *“es deber de la administración, y en su debida oportunidad del juez de tutela, reconocer un trato diferencial positivo al trabajador, buscando garantizar con ello sus derechos al trabajo en condiciones dignas y justas, a la unidad familiar y a la salud en conexidad con la vida”*⁶.

La posición de la Corte está soportada en el numeral 1° del Artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, donde se determinó como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros medios de defensa judiciales, a menos que la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de éste se apreciará atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. El perjuicio irremediable ostenta las siguientes características: a) Que el perjuicio sea inminente; b) Que las medidas a adoptar sean urgentes y c) Que el peligro sea grave.

Estas características fueron estudiadas en la sentencia T-225 del 15 de junio de 1993⁷:

"Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos

⁴ Consultar sentencias T- 330 de 12 de agosto 1993 MP. Alejandro Martínez Caballero, T 483 de 27 de octubre 1993 MP. José Gregorio Hernández, T-131 de 24 de marzo 1995 MP. Jorge Arango Mejía, T- 514 de 9 de octubre 1996 MP. José Gregorio Hernández, T-181 de 30 de abril 1996 MP. Alejandro Martínez Caballero, T-715 de 16 de dic. 1996 MP. Eduardo Cifuentes, T-516 de 14 de octubre 1997 Hernando Herrera Vergara, T-208 de 14 de mayo 1998 MP. Fabio Morón Díaz y T-532 de 29 de sept. 1998 MP. Antonio Barrera Carbonel.

⁵ Ver sentencias T-532 de 29 de sept. 1996 MP. Antonio Barrera Carbonel y T-120 de 12 de marzo 1997 MP. Carlos Gaviria Díaz.

⁶ Consultar sentencia T-486 de 20 de mayo 2004 MP. Jaime Araujo Rentería.

⁷ MP. Vladimiro Naranjo.

constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. (...)”

De esta forma, la existencia de otros mecanismos de defensa judicial no excluye *prima facie* la competencia del juez de tutela para conocer sobre el asunto. Es por esto, que la jurisprudencia de la Corte ha reconocido la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando, de los hechos probados, se observa la existencia de un evento que amenaza o viola en forma irremediable y grave los derechos del trabajador o de su núcleo familiar.

Los anteriores criterios sobre la procedencia excepcional de la tutela, han sido estudiados por esta Corporación. Precisamente en la Sentencia T-065 del 1 de febrero de 2007⁸, la Corte decidió tutelar los derechos a la salud de una docente que padecía de “*discopatía con pinzamiento posterior de columna cervical, homoplato y cuello asociado con hipotiroidismo*” la cual era incompatible con las nuevas condiciones de trabajo al cual fue trasladada. En ella se refirió:

“[E]n términos generales, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para controvertir las decisiones que ordenan traslados laborales, toda vez que para tales efectos el ordenamiento jurídico ha estatuido unos medios especiales de defensa, como lo son las acciones laborales y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁹, las cuales deben promoverse por los interesados según sea la naturaleza del conflicto. Sin embargo, de forma excepcional, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la procedencia de la tutela para controvertir ese tipo de decisiones, particularmente, en aquellos eventos en los que se acredite una amenaza o violación grave e irremediable a los derechos fundamentales del trabajador o de su núcleo familiar¹⁰.”

⁸ MP. Rodrigo Escobar Gil.

⁹ Ver Sentencias T-1156 de 18 de nov. 2004 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-346 de 30 de marzo 2001 MP. Jaime Araujo Rentería, T-1498 de 2 de nov. 2000 MP. María Victoria SÁCHICA, T-965 de 31 de julio de 2000 MP. Eduardo Cifuentes, T-288 de 4 de junio 1998 MP. Fabio Morón Díaz, T-715 de 16 de dic. 1996 MP. Eduardo Cifuentes, T-016 de 30 de enero 1995 MP. José Gregorio Hernández y T-483 de 27 de octubre 1993 MP. José Gregorio Hernández.

¹⁰ Sentencias T-468 de 13 de junio 2002 MP. Eduardo Motealegre, T-346 de 30 de marzo 2001 MP. Jaime Araujo Rentería, T-077 de 29 de enero 2001 MP. Fabio Morón Díaz, T-1498 de 2 de nov. 2000 MP. María Victoria SÁCHICA, T-965 de 31 de julio 2000 MP. Eduardo Cifuentes, T-355 de 27 de marzo 2000 MP. José Gregorio Hernández, T-503 de 13 de julio 1999 MP. Carlos Gaviria Díaz, T-288 de 4 de junio 1998 MP. Fabio Morón Díaz, T-715 de 16 de dic. 1996 MP. Eduardo Cifuentes, T-016 de 30 de enero 1995 MP. José Gregorio Hernández.

En la misma sentencia, esta Corporación ha señalado como requisito ineludible para la procedencia de la tutela frente a controversias causadas por traslados de docentes, la debida acreditación de la amenaza o vulneración del derecho fundamental:

“(...) la Corte ha advertido que, en todo caso, la intervención del juez de tutela en las controversias sobre traslados laborales está condicionada al análisis de las circunstancias que rodean cada situación particular y, en esa medida, depende de la existencia y debida acreditación¹¹ de aquellas condiciones que constituyen una situación excepcional y que amenacen o vulneren de forma grave los derechos del trabajador o de su núcleo familiar.”

En consecuencia, la acción de tutela contra decisiones negando u ordenando traslados de funcionarios públicos, sólo procede excepcionalmente como mecanismo transitorio, cuando se estima que aquéllas son arbitrarias y violatorias de los derechos fundamentales del peticionario o de su núcleo familiar.

Establecida entonces la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, la Sala entrará a estudiar el tema del *ius variandi*. En efecto, a pesar de que la administración puede modificar las condiciones de prestación del servicio, no existe discrecionalidad absoluta, por lo tanto debe reconocerse la condición de un funcionario público que ha ejercido su cargo por años y sin mácula, la cual no puede ser alterada sino por razones que al menos conduzcan a una mejora en el servicio.

3.2.2. Alcance y límites al ejercicio del *ius variandi*. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional ha considerado que el *ius variandi* “*es una de las manifestaciones del poder de subordinación que ejerce el empleador sobre sus empleados, y se concreta en la facultad de variar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, la potestad de modificar el modo, el lugar, la cantidad o el tiempo de trabajo*”¹².

En reiteradas oportunidades esta Corporación ha sostenido que el ejercicio del *ius variandi* no tiene carácter absoluto¹³, por cuanto tal

¹¹ Ver Sentencias T-532 de de 29 de sept. 1998 MP. Antonio Barrera Carbonel y T-353 de 13 de mayo 1999 Eduardo Cifuentes.

¹² Sentencia T-797 de 3 de agosto 2005 MP. Jaime Araujo Rentería.

¹³ Entre muchas otras, ver las sentencias T-407 de 5 de junio 1992 MP. Simón Rodríguez, T-532 de 29 de sept. 1998 MP. Antonio Barrera Carbonel, T-584 de 19 de octubre 1998 MP. Hernando Herrera Vergara, T-707 de 24 de nov. 1998 MP. Carlos Gaviria, T-503 de 13 de junio 1999 MP. Carlos Gaviria, T-1571 de 21 de nov. 2000 MP. Fabio Morón Díaz, T-077 de 29 de enero 2001 MP. Fabio Morón Díaz, T-346 de 30 de marzo 2001 MP. Jaime Araujo Rentería, T-704 de 5 de julio 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-026 de 24 de enero

potestad se encuentra limitada constitucionalmente y en varias oportunidades se ha referido al alcance del mismo.

Así por ejemplo, en la Sentencia T-483 del 27 de octubre de 1993¹⁴, encontró probado que no se tuvo en cuenta la situación particular de salud del empleado, toda vez que padecía de una úlcera duodenal activa e hipertensión arterial, que no se podían tratar en el lugar al que fue trasladado. En esta oportunidad, la Corte decidió tutelar los derechos a la salud del accionante, manifestando lo siguiente:

*"El **jus variandi** no es absoluto. Está limitado, ante todo, por la norma constitucional que exige para el trabajo condiciones dignas y justas (art. 25 C.N.), así como por los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53 de la Carta en lo que concierne al estatuto del trabajo. Y, por supuesto, su ejercicio concreto depende de factores tales como las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su propia salud y la de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado. En cada ejercicio de su facultad de modificación el empleador deberá apreciar el conjunto de estos elementos y adoptar una determinación que los consulte de manera adecuada y coherente."*

De igual forma, en sentencia T-355 del 27 de marzo de 2000¹⁵, se aclaró que la facultad patronal de modificar en el curso de la relación laboral las condiciones de trabajo (*ius variandi*) no es absoluta, por cuanto puede ser violatoria de derechos fundamentales, si se aplica en forma arbitraria y sin justificar los motivos por los cuales se dan los cambios y la necesidad de los mismos.

En efecto, en sentencia T-611 del 8 de junio de 2001¹⁶, se indicó que no se puede abusar de la condición preeminente sin una razón justificable.

Así las cosas, de manera constante el juez constitucional ha considerado que la facultad legal de que dispone el empleador privado o público para modificar las condiciones laborales de sus trabajadores debe desarrollarse consultando, entre otros aspectos, (i) las circunstancias que afectan al trabajador; (ii) la situación familiar; (iii) su estado de salud y el de sus allegados; (iv) el lugar y el tiempo de trabajo; (v) las

2002 MP. Eduardo Motealegre, T-256 de 25 de marzo 2003 MP. Rodrigo Escobar, T-165 de 26 de febrero 2004 MP. Marco Gerardo Monroy cabra y T-797 de 3 de agosto 2005 MP. Jaime Araujo Rentería.

¹⁴ MP. José Gregorio Hernández.

¹⁵ MP. José Gregorio Hernández.

¹⁶ MP. Jaime Córdova Triviño.

condiciones salariales; (vi) el comportamiento que ha venido observando y el rendimiento demostrado¹⁷.

Ahora bien, ha dicho la jurisprudencia que los traslados también deben tener en consideración la salud de los trabajadores. Al respecto cabe recordar que en la Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008¹⁸ la Corte Constitucional señaló que, bajo determinadas circunstancias, el derecho a la salud es fundamental en forma autónoma por cuanto hay normas específicas que lo desarrollan y por tratarse de un derecho inherente a la persona humana.

En esta Sentencia expresó la Corte: "*Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles. (...) En este caso resolvió reiterar la decisión jurisprudencial de reconocer "(...) que el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura."*¹⁹ Esta decisión se adoptó considerando la estrecha relación entre la salud y el concepto de la 'dignidad humana', "(...) elemento fundante del estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición."²⁰

De manera que frente al ejercicio del *ius variandi*, en cada caso particular el empleador tiene la carga de observar el conjunto de estos condicionamientos, y en especial de los derechos fundamentales del empleado y tomar una decisión que los consulte de forma adecuada y coherente, teniendo siempre presente que dicha potestad no lo reviste "*de atribuciones omnímodas que toman al trabajador como simple pieza integrante de la totalidad sino como ser humano libre, responsable y digno en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva a cargo del patrono*"²¹.

En este orden de ideas, uno de los aspectos de mayor relevancia en el ejercicio del *ius variandi* radica precisamente en la facultad del

¹⁷ Se pueden consultar las sentencias: T-483 de 27 de octubre 1993 MP. José Gregorio Hernández, T-503 de 13 de junio 1999 MP. Carlos Gaviria, T-1156 de 18 de nov. 2004 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-797 de 3 de agosto 2005 MP. Jaime Araujo Rentería..

¹⁸ MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁹ En la sentencia C-811 de 3 de octubre 2007 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-811 3 de octubre 2007 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. En este caso se reiteró que "... dentro del sistema constitucional colombiano, el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes constitucionales, bajo la égida del orden justo."

²¹ Sentencia T-483 de 27 de octubre 1993 MP. José Gregorio Hernández.

empleador para ordenar traslados, ya sea en cuanto al reparto funcional de competencias (factor funcional), o bien teniendo en cuenta la sede o lugar de trabajo (factor territorial)²².

De igual forma, ha aclarado la Corte que la naturaleza pública o privada del empleador no constituye por sí misma, razón suficiente para diferenciar los alcances del *ius variandi* en uno y otro caso, razón por la cual los criterios relativos a las mínimas condiciones de respeto a la dignidad de los trabajadores tienen plena aplicación frente a cualquier empleador, sin importar que el mismo sea de derecho público o privado.

En el caso del sector público, ha señalado la Corte que la administración goza de un margen adecuado de discrecionalidad para modificar la ubicación funcional o territorial de sus funcionarios, con miras a una adecuada y mejor prestación del servicio. Específicamente ha sostenido “*que la estructura interna que tienen muchas de las entidades del Estado, en razón a los fines que constitucionalmente les han sido confiados, requieren de una planta de personal de carácter global y flexible, que les permita tener la capacidad suficiente para cumplir cabalmente con las funciones a su cargo, pudiendo por lo tanto, reubicar o trasladar a sus funcionarios en cualquiera de sus diferentes sedes o dependencias, en el nivel territorial o nacional*”²³.

Sobre el tema de la prestación del servicio educativo, el Decreto 1278 de 2002, en su Artículo 52, establece “*Se produce traslado cuando se provee un cargo docente o directivo docente vacante definitivamente, con un educador en servicio activo que ocupa en propiedad otro con funciones afines y para el cual se exijan los mismos requisitos aunque sean de distintas entidades territoriales.*”

El Artículo 53 del mismo decreto, establece las modalidades del traslado los cuales proceden por:

“a) Discrecionalmente por la autoridad competente, cuando para la debida prestación del servicio se requiera el traslado de un docente o directivo docente dentro del mismo distrito o municipio, o dentro del mismo departamento cuando se trate de municipios no certificados, con el fin de garantizar un servicio continuo, eficaz y eficiente;

b) Por razones de seguridad debidamente comprobadas;

c) Por solicitud propia.

²² Sentencia T- 065 de 1 de febrero 2007 MP. Rodrigo Escobar.

²³ Sentencia T-752 de 17 de julio 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil..

(...)

El literal a) fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional a través de Sentencia C-734 del 26 de agosto de 2003²⁴, "*... en el entendido que esa facultad discrecional debe ser consecuencia de la necesidad del servicio, con evaluación de las condiciones subjetivas del trabajador y siempre y cuando se respeten las condiciones mínimas de afinidad funcional entre el cargo al que fue inicialmente vinculado y el nuevo destino*".

Y concretamente, en cuanto a los traslados de docentes que prestan el servicio público de educación, la Corporación ha sentado los siguientes criterios:

*“Tratándose del servicio público de educación que interesa a esta causa, se viene afirmando que el mismo guarda una íntima relación con los **derechos fundamentales de los niños** y debe prestarse a nivel nacional, sin tener en cuenta la categoría y grado de desarrollo de los municipios o regiones. Por estas razones, y en atención al mandato constitucional impartido al Estado de solucionar las necesidades insatisfechas de la población en materia de educación y de garantizar tanto la continuidad como el funcionamiento eficaz del mismo, resulta apenas obvio que la administración pública pueda contar con **amplias facultades para trasladar** a sus funcionarios y docentes de acuerdo con las necesidades del servicio²⁵, constituyéndose tales facultades en instrumentos para el desarrollo del mandato educativo institucional.*

*No obstante lo anterior, si bien este Tribunal ha admitido que el margen de discrecionalidad del empleador resulta ser más amplio cuando así lo demandan las funciones atribuidas a algunas entidades o la propia naturaleza de ciertos servicios, como ocurre por ejemplo con el **servicio público de educación**, igualmente ha aclarado que, el hecho que sea la propia Constitución la que prohíba cualquier atentado contra la dignidad de los trabajadores, implica que la decisión de traslado no puede ser en ningún caso arbitraria, con lo cual, también en estas hipótesis el *ius variandi* debe ejercerse por el patrono dentro de un marco de razonabilidad, sometido al cumplimiento de las siguientes*

²⁴ MP. Álvaro Tafur Galvis.

²⁵ Ver sentencias SU-559 de 1997 MP. Eduardo Cifuentes, T-694 de 19 de nov. 1998 MP. Antonio Barrera Carbonel y T-797 de 3 de agosto 2005 MP. Jaime Araujo Rentería.

condiciones²⁶: (i) que los traslados se realicen a cargos similares o equivalentes al que venía desempeñando el trabajador, e igualmente, (ii) que la decisión, en la medida en que modifica las condiciones de trabajo, consulte el entorno social del trabajador y tenga en cuenta factores como la situación familiar, su lugar y tiempo de trabajo, el rendimiento demostrado, el ingreso salarial y el estado de salud, entre otros²⁷, a fin de impedir que por su intermedio se causen perjuicios de cierta significación.

Y es que, lo ha sostenido la Corte²⁸, la figura del traslado no está prevista únicamente como una herramienta del empleador - público o privado - para ajustar su planta de personal a los requerimientos que imponen las necesidades del servicio. Para la Corte, el traslado también comporta un derecho de los trabajadores íntimamente relacionado con otros derechos como la vida, la dignidad, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad, en la medida que el mismo puede ser solicitado por éstos para garantizar su seguridad o sus condiciones de salud, e, igualmente, como un medio idóneo para implementar autónomamente sus proyectos de vida a nivel personal o familiar. En este sentido, la discrecionalidad de la administración no sólo debe consultar los límites establecidos expresamente por la legislación, sino que debe procurar la realización de los derechos fundamentales de los docentes conforme a los mandatos previstos en la Constitución Política.”

Por último, cabe señalar que las consideraciones sobre el *ius variandi* han sido aplicadas, tanto en casos en los cuales la administración pública decide trasladar a un funcionario a otro lugar, como cuando es éste quien habiéndolo solicitado, le ha sido negado.

Esta Sala debe resaltar, que a pesar de la existencia de esta facultad en cabeza de la administración pública, la misma debe ejercerse dentro de los límites de la razonabilidad y de las necesidades del servicio. En estos términos, su aplicación ha de consultar los derechos fundamentales del trabajador, su apego profesional y familiar, los derechos de terceros que eventualmente podrían verse afectados y todos aquellos factores relevantes para evitar la toma de una decisión arbitraria.

²⁶ Ver sentencias SU-559 de 1997 MP. Eduardo Cifuentes, T-1156 de 18 de nov. 2004 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-796 de 3 de agosto 2005 MP. Rodrigo Escobar Gil.

²⁷ Consultar sentencias: T-752 de 17 de julio 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil, T-026 de 24 de enero 2002 MP. Eduardo Montealegre, T-503 de 13 de julio 1999 MP. Carlos Gaviria, T-1156 de 18 de nov. 2004 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-797 de 3 de agosto 2005 MP. Jaime Araujo Rentería.

²⁸ Sentencia T-797 de 3 de agosto 2005 MP. Jaime Araujo Rentería.

Por su parte, el afectado con la nueva medida, para hacer uso de los límites al derecho del empleador, debe probar en qué medida lo afecta la variación ordenada, pues no le basta simplemente manifestar su inconformidad.

3.2.3. El derecho del menor de edad a tener una familia y a no ser separada de ella.

La protección que las normas internacionales, la Constitución Política y las leyes otorgan a la familia, en virtud del principio de solidaridad propio del Estado Social de Derecho, se dirigen preferentemente a garantizar los derechos de los niños y de las niñas.

El Derecho a la unidad familiar y el derecho de los niños y niñas a permanecer con su familia, se encuentra consagrado en el artículo 5° de la Constitución de 1991, que ampara a la familia como institución básica de la sociedad. Así mismo, el artículo 42 ibidem estableció la obligación del Estado y de la sociedad de garantizar la protección integral de ésta.

En el artículo 44 de la Carta, se consagra el derecho fundamental de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separado de ella. Se refiere tanto a la cercanía física como a la anímica. Este derecho busca, en lo posible, el contacto directo o la cercanía física permanente del niño con su familia y, sobre todo con sus padres.

Existe, pues, un mandato claro en el sentido de que el Estado debe adelantar todas las conductas necesarias para la protección de la familia. Por su parte, en relación con los derechos de los niños y las niñas, por expreso mandato constitucional, estos prevalecen sobre los demás.

En estos términos, la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas está consignada en la Declaración de los Derechos del Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 que estableció:

Principio 6: *"El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material."*²⁹

De igual manera, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño con vigor para Colombia mediante Ley 12 de 1991, consagró:

"Artículo 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la

²⁹ Por su parte el Código de Menor en el artículo 6 inciso 3 establece que: "son deberes de los padres, velar porque los hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo físico, intelectual, moral y social". En similar sentido, el artículo 3° del Código del Menor

nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas."³⁰

En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y ratificado el 27 de abril de 1977, en su artículo 24 establece:

*"Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado."*³¹

Por otra parte, estos mismos Tratados Internacionales protegen el derecho de los niños y las niñas a permanecer en el seno de su familia. Así, la Convención sobre los derechos de los niños y las niñas, destaca la importancia de que estos se mantengan 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".

De lo anterior, se concluye que la unidad familiar constituye una garantía para el desarrollo integral de la infancia. Esto por cuanto, en esa etapa los niños y las niñas requieren del apoyo psicológico y moral de su familia y fundamentalmente de sus padres, para evitar traumas que puedan incidir en su desarrollo personal.

En estos términos, sólo en casos excepcionales, es factible afectar dicha unidad, como cuando se produce una causa legal, 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 del lado de sus progenitores.

Pero fuera de los casos excepcionales, la Corte ha insistido en que los niños y las niñas necesitan para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares; impedirselo o negárselo entorpece su crecimiento y puede llevarlo a carecer de lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y su desarrollo integral. Respetar las emociones y afectos de los niños y las niñas, es respetar su dignidad y es abrirles paso para

³⁰ En concordancia con el artículo 3º ibidem.

³¹ Además de la citada Convención de 1989 hay otros instrumentos internacionales de protección al menor los cuales son: La Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Declaración de los Derechos del Niño (1959); la Declaración sobre la protección a los niños y mujeres en situación de emergencia o conflicto armado (1974). Estos instrumentos internacionales conforman un bloque de constitucionalidad. La Constitución establece que la interpretación de los derechos fundamentales en ella consagrados debe hacerse con arreglo a las pertinentes disposiciones de los tratados internacionales aprobados por el Congreso y ratificados por Colombia (artículo 94 C.P), por lo cual las normas constitucionales relativas a tales derechos no son taxativas ni su contenido protector se agota en esos mismos textos.

que ellos mismos las respeten y respeten a los demás. Solo razones muy poderosas, como ya se indicó, con respaldo en norma jurídica o decisión judicial o de un defensor o comisario de familia, pueden afectar la unidad familiar.

Dentro de este contexto excepcional, surge la inquietud de si una determinación administrativa de carácter laboral, basada en el *ius variandi*, puede afectar el derecho constitucional a la unidad familiar.

Específicamente en lo relacionado con los derechos de los niños y las niñas, cuando los padres deben separarse por razón del traslado, no siempre se genera una afectación a los derechos fundamentales de los menores de edad. En esta medida, el amparo ha de proceder cuando la separación genera una ruptura familiar grave e injustificada que no se ubique dentro de circunstancias superables y que afecte al menor de edad de manera considerable³².

En consecuencia, la procedencia de la tutela en caso de generarse una separación familiar con ocasión de un traslado laboral, está supeditada, como ya se indicó inicialmente, a que aparezcan probadas afectaciones graves a los derechos fundamentales de los empleados, de los niños o de las personas que dependen de ellos.

En todo caso, una decisión de traslado de tal naturaleza debe tomarse con prudencia, razonabilidad y debe estar suficientemente motivada para que no afecte derechos fundamentales de los niños y de las niñas y de su familia.

3.3. DEL CASO CONCRETO.

Los asuntos litigiosos originados en la relación laboral, corresponde dirimirlos a la jurisdicción competente y no al juez de tutela. Pero, como en el presente asunto están de por medio los derechos fundamentales de la accionante a la salud, al trabajo en condiciones dignas y justas, y las condiciones del hijo menor de edad, se estudiará la procedencia del amparo en el caso concreto.

³² Por ejemplo, en la sentencia T- 825 de 18 de sept. 2003 MP. Clara Inés Vargas, la Corte concedió el amparo solicitado ordenando a la Fiscalía General de la Nación adoptar las medidas necesarias para trasladar nuevamente a un funcionario de Barranquilla a Bogotá, en la medida en que el traslado implicaba atentar contra las condiciones dignas de trabajo del actor y amenazaba la salud de su menor hijo, por lo que se ordenó reubicarlo en la ciudad en donde éste estaba siendo atendido. En este caso, la Corte manifestó que el traslado ocasionaba una ruptura de gravedad, toda vez que se conjugaban varios factores adicionales a la separación física que, aunque de manera aislada no tendrían la entidad suficiente para conceder el amparo, la valoración en conjunto de los mismos conduce a unas consecuencias dramáticas respecto de la situación del menor: (i) al momento de la tutela, se encontraba pendiente la implantación de un marcapasos al menor para superar los problemas cardíacos congénitos que padecía, (ii) las distancias entre el lugar en donde el menor estaba siendo atendido y el de la reubicación impedían desplazamientos en períodos cortos y, el salario que recibía el actor no era suficiente para sufragar los gastos de transportes por vía aérea; (iii) las deficiencias de salud del menor, sumadas a las ausencias del padre ocasionaron una disminución considerable en el rendimiento académico de aquél; y (iv) la afectación emocional del menor era tal, que se sugirió un tratamiento terapéutico para manejar su situación.

La señora Guadalupe Moreno Mena, es docente de 37 años de edad, nombrada en propiedad al servicio del Departamento del Chocó desde hace 18 años y alega ser madre soltera cabeza de hogar.

De las pruebas aportadas en el proceso ha podido concluir la Sala, que la docente presenta un estado de salud delicado generado por una hernia discal L5-S1 que le causa dolores frecuentes, y de conformidad con las recomendaciones médicas, no puede permanecer tanto tiempo sentada. Situación que resulta difícil acatarla, dada las condiciones de acceso al lugar del traslado; circunstancia que se hace más crítica, si se tiene en cuenta que el tiempo estimado de viaje desde Quibdó al nuevo lugar de trabajo, es de ocho horas en bote.

Esta situación, la puso en conocimiento la accionante a la Secretaría de Educación Departamental para que la reubiquen a un lugar donde pueda ser asistida por un hospital de segundo nivel en caso de crisis, y que en su particular situación, la atención médica que requiere, no se le puede brindar en el lugar al que fue trasladada.

Adicional a lo anterior, se observa que el traslado se realizó sin el previo análisis de la situación de la docente y de su familia, ni respecto de las dolencias que de tiempo atrás viene padeciendo y que la han afectado gravemente. Tampoco fueron considerados los antecedentes laborales de la docente, quien ha desempeñado su labor educativa por 18 años en zonas rurales.

La Sala debe destacar que los hechos y pruebas obrantes en el expediente, así como las afirmaciones de la accionante en relación con su estado de salud, no fueron desvirtuadas por la Gobernación del Chocó, ni por la Secretaría de Educación del Departamento, en los argumentos presentados tanto en la contestación de la tutela, como en la impugnación de la misma.

En estos términos, corresponde al juez de tutela considerar todas las circunstancias expuestas, especialmente la protección del derecho a la salud de la docente, puesto que en el presente caso las condiciones exigidas para cumplir su trabajo, pone en riesgo el derecho a la salud de la accionante.

Para este caso, como lo ha señalado la Corte Constitucional en numerosas sentencias, a pesar de que la Gobernación tiene la facultad de trasladar a sus docentes, ésta debe ejercerlo con consideración al respeto de las garantías constitucionales.

No obstante lo anterior, debe observarse que la resolución que ordenó su traslado es un acto administrativo sobre el cual obra la presunción de legalidad únicamente desvirtuable por decisión de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Entonces dada la situación actual de la

docente, la acción de tutela es procedente concederla únicamente como mecanismo transitorio destinado a evitar un perjuicio irremediable.

Y por último, a pesar de que la accionante alega ser madre cabeza de hogar con un hijo de 9 años de edad, que está bajo su cuidado y responsabilidad, a quien debe dejarlo bajo el cuidado de otra persona, y sólo puede verlo una vez al mes, no se encuentran probadas en el expediente las razones por las cuales no le es posible trasladarse con el menor de edad, al municipio donde fue asignada.

En estos términos, a pesar de existir un derecho a la unidad familiar, no se prueba en el proceso que el menor de edad no pueda vivir con la docente, y por tanto, el amparo será concedido pero sólo en consideración al derecho a la salud de la accionante.

En consecuencia, se revocará el fallo de tutela proferido el 20 de febrero de 2009, por el Tribunal Superior de Quibdó – Sala Única, y en su defecto, se concederá el amparo al derecho fundamental de la salud de la accionante.

Para tal efecto, se ordenará la suspensión del acto administrativo que ordena el traslado de la docente, hasta tanto no se de un pronunciamiento definitivo por autoridad judicial sobre el mismo.

Así mismo, se ordenará a la Gobernación del Chocó y a la Secretaría de Educación del Departamento, disponer las medidas pertinentes para que la ubicación laboral de la docente no ponga en peligro su salud.

4. DECISION

En mérito de lo expuesto la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 20 de febrero de 2009, proferida por Tribunal Superior de Quibdó – Sala Única, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Guadalupe Moreno Mena, y en su lugar, CONCEDER el amparo al derecho fundamental de la salud de la accionante.

SEGUNDO: SUSPENDER los efectos de la Resolución 1252 del 8 de agosto de 2008, mediante la cual se ordenó el traslado de la docente para la I.E. Llano de Bebarama sede El Limón, municipio del Medio Atrato.

TERCERO: ORDENAR a la Gobernación y a la Secretaría de Educación del Chocó, en el término de cuarenta y ocho horas (48) a partir de la notificación de la presente sentencia, disponer las medidas pertinentes, tendientes a lograr que la señora Guadalupe Moreno Mena, sea reubicada en una institución

educativa donde no se ponga en peligro su salud, hasta tanto se decida el proceso administrativo instaurado por la accionante.

CUARTO: Advertir a la señora Guadalupe Moreno Mena, que deberá instaurar la acción de nulidad del acto administrativo ante la autoridad judicial correspondiente en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. Si no la instaura, los efectos de este fallo de tutela quedarán sin efecto.

CUARTO: Líbrense por la Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General