

T-095-13

Sentencia T-095/13

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA TRASLADO DE SERVIDOR PUBLICO-Subreglas para procedencia

La Corte Constitucional ha señalado de manera clara, que la clasificación del servidor público no es un criterio diferenciador para la aplicación de las reglas jurisprudenciales sobre traslados. Esto, por cuanto no sería un criterio objetivo el trato diferencial respecto del principio de igualdad. A pesar de que la administración puede modificar las condiciones de prestación del servicio, no existe discrecionalidad absoluta, pues debe tener en cuenta las condiciones particulares del funcionario que ha ejercido su cargo por años, las cuales no pueden ser alteradas sino por razones que al menos conduzcan a una mejora en el servicio.

IUS VARIANDI-Alcance y límites

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. Por su parte, la persona afectada con la nueva medida, para hacer uso de los límites al derecho del empleador, debe probar en qué medida se está vulnerando sus derechos fundamentales, pues no le basta simplemente manifestar su inconformidad.

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO MENTAL-Alcance

ENFERMO MENTAL-Deber del Estado y la sociedad de obrar conforme al principio de solidaridad y el papel de la familia en la recuperación

La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial en relación con las

responsabilidades que surgen frente a un enfermo mental, con el fin de delimitar el alcance del deber de obrar conforme al principio de solidaridad social, que le es exigible a la familia, a la comunidad y al Estado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 13, 49 y numeral 2º del artículo 95 de la Constitución Política. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha analizado la complejidad de la situación que genera en su entorno familiar y social un enfermo mental, por ello ha hecho énfasis en la necesidad de que los familiares y los particulares cuenten con la asesoría e información necesarias que permitan contribuir eficazmente a la mejora o estabilidad del enfermo.

ENFERMO MENTAL-Compromiso familiar a través de apoyo y colaboración

Los primeros llamados a satisfacer las necesidades de atención que requiera el enfermo mental es su familia, considerando los lazos de afecto que los unen, constituyéndose en un soporte importante para su recuperación o su mejoramiento. De igual forma, el deber de solidaridad de la familia no es absoluto, sino que se comparte con los demás miembros de la comunidad y con el Estado, de manera que deben complementar el trabajo de la primera.

TRASLADO LABORAL-Caso en que el INPEC trasladó a funcionario quien padece enfermedad mental y que según recomendación médica, no sería procedente su traslado fuera de su entorno familiar

DERECHO A LA SALUD MENTAL-Orden al INPEC de no trasladar a funcionario hasta tanto el médico psiquiatra considere la recuperación total del paciente

Referencia: expediente T- 3.680.555

Acción de tutela instaurada por el señor Alejandro Bedoya López, contra del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC.

Derechos fundamentales invocados: A la salud, al trabajo en condiciones dignas y justas, a la unión familiar, y a la defensa.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil trece (2013)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub - quien la preside -, Alexei Egor Julio Estrada y Luis Ernesto Vargas Silva, 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 el trámite de revisión de los fallos de tutela adoptados el 23 de julio de 2012, por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pereira, Risaralda, en primera instancia, y el 24 de agosto de 2012, por el Tribunal Superior de Pereira - Sala de Decisión Penal -, en segunda instancia, dentro de la acción de tutela promovida por el señor Alejandro Bedoya López, contra del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC -.

La Sala de Selección de Tutelas Número Once, a través de auto del 8 de noviembre de 2012, decidió escoger la presente tutela para su revisión y repartió el asunto al despacho del Magistrado Ponente.

1. ANTECEDENTES

El señor Alejandro Bedoya López, actuando en nombre propio, presentó solicitud de amparo constitucional contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (en adelante INPEC), invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud, al trabajo en condiciones dignas y justas, a la unión familiar, y a la defensa, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al ordenar su traslado de trabajo a una ciudad distinta de su núcleo familiar, a pesar de padecer alteraciones psiquiátricas, que le demandan tratamiento permanente

1.1.1 Hechos y razones de la tutela

1.1.1.1 El señor Alejandro Bedoya López, quien cuenta actualmente con 33 años de edad, manifestó que el 6 de septiembre de 1999, inició sus funciones como dragoneante en el INPEC, prestando sus servicios en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Cali.

Indicó que desde el año 2006, fue trasladado al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de la ciudad de Pereira.

1.1.1.2 Aseguró que en el año 2004, comenzó a presentar alteraciones psiquiátricas, razón por la cual ha recibido tratamiento en forma continua por parte de la EPS Saludcoop, a través de la ESE Hospital Mental Universitario de Risaralda, con diagnósticos que van desde trastorno delirante persistente no especificado, trastorno anancástico de la personalidad, trastorno obsesivo compulsivo recurrente, hasta trastorno de la personalidad.

1.1.1.3 Indicó que a raíz de la enfermedad que padece, ha presentado varias recaídas siendo necesaria su hospitalización en el Hospital Mental Universitario Homeris de Risaralda en distintas oportunidades. Aseguró que regularmente tiene controles por psiquiatría en ese centro hospitalario.

1.1.1.4 Dijo además, que como consecuencia de esa inestabilidad, su compañera permanente por cinco años lo dejó, y que de esa unión tiene una hija que actualmente tiene 11 años de edad, por la que tiene que velar. De igual forma, relató que de una nueva unión marital, tiene una hija de 12 meses de nacida.

1.1.1.5 Agregó que el día 23 de enero de 2012, la Coordinadora del Grupo Salud Ocupacional del INPEC, a través de oficio 000556, remitió a la Dirección del Instituto, un concepto de medicina laboral con el fin de contribuir al mejoramiento de su salud, en el cual recomendó revisar sus condiciones laborales y sugirió que en cumplimiento del artículo 10 de la Resolución 1016 de 1989, fuese reubicado en sus funciones en procura de su rehabilitación.

1.1.1.6 Alegó que pese a lo anterior, el día 6 de junio de 2012, le fue notificada la Resolución No. 001847 del 30 de mayo de 2012, en la que la Dirección General del INPEC ordenó su traslado del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de la ciudad de Pereira, al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de la ciudad de Sincelejo, Sucre.

1.1.1.7 Ante la decisión de traslado, presentó recurso de reposición con el fin de que se reconsiderara dicha orden, argumentando su especial situación de salud, la

recomendación presentada por la Coordinadora del Grupo Salud Ocupacional del INPEC, y la existencia de dos hijas menores de edad. Dijo que el recurso fue desatado en forma desfavorable mediante Resolución 002300 del 28 de junio de 2012.

1.1.1.8 Adicionalmente manifestó, que en la cita de control realizada el 21 de junio de 2012, la profesional en salud recomendó que no se le cambiara el sitio de trabajo, dada las características de salud mental y el tratamiento que requiere.

1.1.1.9 Por último, expresó que la decisión tomada por la Dirección del INPEC de ordenar su traslado, está conculcando sus derechos fundamentales, dado que solo ha tenido en cuenta la necesidad del servicio y no su estado de salud psiquiátrico. Aseguró que por esa razón, sus funciones como dragoneante se encuentran restringidas; además, el cambio a otra ciudad lejos de su familia pone en peligro su estabilidad afectiva, por cuanto su tratamiento debe ser de forma integral, lo que implica el acompañamiento permanente de su núcleo familiar, entendiéndose éste no solo el de sus hijas y compañera permanente, sino el de su madre y hermanos.

1.1.2 Fundamentos y pretensiones

Solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la salud, al trabajo en condiciones dignas y justas, a la unión familiar, y a la defensa, y en consecuencia, se ordene al INPEC que reconsidere la orden de traslado impartida. Además, como medida cautelar, solicitó la suspensión del acto administrativo expedido por ese centro carcelario.

1.1.3 Actuación procesal

El Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pereira, Risaralda, admitió la tutela el 9 de julio de 2012, y requirió al INPEC para que se pronunciara sobre los hechos expuestos por el accionante.

De igual forma, se autorizó la suspensión provisional de la Resolución 001848 del 30 de mayo de 2012, que ordenó el traslado del accionante, hasta tanto se resolviera de fondo la acción de tutela.

La Oficina Asesora Jurídica del INPEC, a través de su Grupo de Tutelas, mediante escrito del 11 de julio de 2012, manifestó que el traslado del dragoneante Alejandro Bedoya López, fue

ordenado en la Resolución 1847 del 30 de mayo de 2012, y que esta decisión obedeció a la causal “por necesidad del servicio” prevista en el artículo 24 del Decreto 407 de 1994.

Igualmente, afirmó que el traslado del accionante no fue injustificado ni caprichoso, pues la Institución tiene el deber legal y constitucional de atender los requerimientos propios del cargo, tal como lo establece el artículo 122 de la Carta Política; por tanto, los funcionarios están llamados a cumplir con las funciones que les asisten y para lo cual fueron nombrados, y en especial, por la naturaleza del servicio que requiere el INPEC.

Agregó que la planta de personal del INPEC es global y flexible, que “constituye una modalidad de manejo del recurso humano que propende la eficaz prestación del servicio público, además de construir un desarrollo práctico de los principios constitucionales de eficacia, celeridad y economía, como medio para alcanzar los objetivos del estado Social de Derecho, constituyendo una contingencia propia del ejercicio del cargo en las entidades que cumplen funciones a nivel nacional...”

Por último, dijo que el señor Alejandro Bedoya López fue valorado en reunión del Comité Asesor de Traslados el 3 de mayo de 2012, en la que se consideró la necesidad de trasladar a la planta de personal del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de la ciudad de Sincelejo, Sucre, un servidor del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, dado que dicho centro de reclusión carecía de guardia suficiente para la adecuada prestación del servicio, por lo que se procedió a dar la viabilidad de aumentar la planta de personal del grado de Custodia y Vigilancia de otros centros de reclusión, y de esa manera, se ordenaron los traslados correspondientes.

Concluyó con la solicitud de declarar la improcedencia de la tutela, por cuanto no se han vulnerado los derechos fundamentales del accionante, dado que en el nuevo sitio de trabajo puede continuar con el tratamiento que se le viene prestando, aunado a la garantía que le asiste al INPEC de atender su reubicación y las recomendaciones del Grupo de Salud Ocupacional, así como otorgarle los permisos que requiera para asistir a los controles y citas médicas. Igualmente, consideró que no se está vulnerando la situación familiar del actor, por cuanto sus hijos se encuentran bajo el cuidado de su madre, quien está en edad laboral hábil, lo que demuestra que no estarían desprotegidos.

1.1.4 Pruebas documentales

1.1.4.1 En el trámite de la acción de tutela se aportaron por parte del accionante, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

- Copia del oficio No. 73306 - GSOCU - 000556 del 23 de enero de 2012, expedido por la Coordinadora del Grupo de Salud Ocupacional del INPEC, donde señala que al señor Alejandro Bedoya López, "con el fin de contribuir al mejoramiento de su estado de salud", se debe ubicar en un sitio de trabajo acorde con sus condiciones psico-fisiológicas para mantenerlo en actitud de producción de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Resolución 1016 de 1989, relacionadas con los programas de medicina preventiva de los trabajadores del INPEC (folio 9).

- Copia del concepto de medicina laboral del INPEC de fecha 11 de diciembre de 2011, donde consta que el señor Alejandro Bedoya López padece de psiquismo, y se indica unas limitantes como la de (i) no portar ni manipular armamento, (ii) no laborar en horario nocturno, (iii) no prestar servicio de guardia en patios, garitas o remisionar, y (iv) no laborar más de 8 horas al día (folio 10).

- Copia de dos ordenes de citas médicas en la ESE Hospital Mental Universitario de Risaralda Homeris (folio 11).

- Copia del registro civil de nacimiento de la niña María Camila Bedoya Velasco, donde consta que es hija del señor Alejandro Bedoya López, y que la fecha de nacimiento es 25 de julio de 2011 (folio 16).

- Copia de la Resolución No. 001847 del 30 de mayo de 2012, "Por la cual se causan unas novedades de personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional", donde se ordena el traslado del señor Alejandro Bedoya López, del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de la ciudad de Pereira, al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de la ciudad de Sincelejo, Sucre (folios 13 y ss).

- Copia del acta de notificación de la Resolución No. 001847 del 30 de mayo de 2012, que ordena el traslado del señor Alejandro Bedoya López (folio 25).

- Copia del recurso de reposición de fecha 14 de junio de 2012, interpuesto por el

señor Alejandro Bedoya López, contra la decisión de traslado ordenada por el INPEC (folios 18 y ss).

- Copia de la Resolución No. 002300 del 28 de junio de 2012, que resuelve el recurso de reposición incoado por el señor Alejandro Bedoya López (folios 26 y ss).

- Copia de la Historia Clínica No. 10010906 de fecha 21 de junio de 2012, expedida por la ESE Hospital Mental Universitario de Risaralda, correspondiente al señor Alejandro Bedoya López, que comprende desde el 6 de abril de 2006, hasta noviembre 15 de 2011. En el documento se observa que ha sido tratado con medicamentos desde el inicio de las sesiones (folios 30 al 148).

A folio 36 y ss., ingresa al Hospital el 2 de marzo de 2007 y sale el 12 de marzo del mismo año.

A folio 61 y ss., ingresa al Hospital el 12 de diciembre de 2007 y sale el 20 de diciembre del mismo año.

A folio 85 y ss., ingresa al Hospital el 8 de mayo de 2008 y sale el 22 de mayo del mismo año.

A folio 126 y ss., ingresa al Hospital el 29 de marzo de 2009 y sale el 2 de abril del mismo año.

1.1.4.2 El INPEC en su escrito de descargos, aportó, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

- Copia del oficio No. 7110 - OFAJU - GRUTU - 8362 del 11 de julio de 2012, expedido por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del INPEC, donde remite el oficio No. 8210 SUSC - 1679 del Grupo de Tutela, quien asegura que el traslado del señor Alejandro Bedoya López, se ordenó en cumplimiento de cometidos de la Institución por necesidad del servicio de traslado de un empleado de un sitio a otro (folios 153 y ss).

- Copia del Acta No. 005 del 3 de mayo de 2012 y anexos, expedida por la Subdirección Comando Custodia y Vigilancia del INPEC, donde se toman decisiones relacionadas con el traslado de algunos funcionarios a otras sedes de la Institución (folio

156 al 167).

1.1.5 Decisiones judiciales

1.1.5.1 Mediante fallo del 23 de julio de 2012, el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pereira, Risaralda, amparó los derechos fundamentales del señor Alejandro Bedoya López, por considerar que, una vez estudiado el caso particular del accionante, se concluyó que no era conveniente su traslado a otra ciudad, pues “conllevaría a exponer sus condiciones de salud y de vida, entorpeciendo de alguna manera los tratamientos a los que actualmente está sometido.”

Agregó el a-quo, que en el caso particular del señor Bedoya, la decisión tomada por la Dirección del INPEC afecta de manera flagrante sus derechos fundamentales y los de su familia, y pone en riesgo su salud y vida, “quien por sus condiciones mentales necesita de personas cercanas que velen de igual manera por su bienestar y tranquilidad”.

Igualmente, sostuvo que con la decisión de traslado se rompería su núcleo familiar, puesto que si bien su compañera se encuentra en edad laboral productiva, no significa que ella y su hija de meses de nacida, así como otra hija de 11 años producto de un matrimonio anterior, no necesiten del apoyo, cariño y atención de su padre y esposo.

Concluyó que en la decisión de traslado del señor Bedoya “primó las necesidades del servicio frente a sus derechos fundamentales, circunstancia que no puede ser ajena al juez constitucional, quien tiene la función especial de amparar los preceptos de la Carta Magna y hacerlos realidad.”

1.1.5.2 Mediante fallo del 24 de agosto de 2012, el Tribunal Superior de Pereira, - Sala de Decisión Penal -, revocó la sentencia anterior por considerar que no se vislumbraba la vulneración alegada por el señor Bedoya, por cuanto el traslado se dio acorde a las normas legales que rigen ese tipo de decisiones y con suficiente motivación en uso de las facultades del *Ius Variandi* que tienen las entidades del orden nacional de ordenar traslados por la necesidad del servicio.

Igualmente, señaló que tampoco se evidenció que el traslado afectara de manera directa su vida y salud, por cuanto si bien existe una recomendación de no traslado de su médico

psiquiatra, se pudo dejar claro que la misma se expidió una vez que el dragoneante tuvo conocimiento de la orden impartida. Sostuvo que el tratamiento no se afectará, dado que actualmente es farmacológico y puede continuarse en su nuevo sitio de trabajo.

2 CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1 COMPETENCIA

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

2.2 PROBLEMA JURÍDICO

Una vez relacionados los antecedentes, la Sala de Revisión observa que el problema jurídico del caso aquí planteado, consiste en determinar si la Dirección General del INPEC está vulnerando los derechos fundamentales del dragoneante Alejandro Bedoya López, al trasladarlo del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de la ciudad de Pereira, lugar de su residencia y ubicación de su núcleo familiar, al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de la ciudad de Sincelejo, Sucre, a pesar de las recomendaciones de su médico psiquiatra de estar cerca de su entorno familiar para su efectiva recuperación.

Para analizar y resolver el problema jurídico, la Sala reiterará el precedente constitucional respecto a lo siguiente: primero, la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que ordenan traslados de los funcionarios públicos cuando está de por medio la salud; segundo, alcances y límites al ejercicio del ius variandi; tercero el carácter fundamental autónomo del derecho a la salud; cuarto, el derecho a la salud mental; quinto, los deberes de solidaridad del Estado y la sociedad en la protección especial de los enfermos mentales y el papel de la familia en su recuperación. Por último, se analizará el caso concreto.

2.2.1 La procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que ordenan traslados de los funcionarios públicos cuando está de por medio la salud

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 derecho[1]. No obstante de manera excepcional, esta Corporación ha admitido la procedencia de la acción de tutela ante situaciones fácticas muy especiales[2].

Sobre la procedencia excepcional, la Corte en sentencia T-653 de 2011[3] se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Según los artículos 86 de la Constitución Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, en principio la acción de tutela es improcedente cuando se demandan actos administrativos, por cuanto existen diversos mecanismos judiciales que pueden ser empleados para su cuestionamiento ante la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional excepcionalmente ha admitido la procedencia de la tutela en estos casos cuando (i) existe una amenaza de perjuicio irremediable o (ii) los mecanismos ordinarios de defensa no resultan idóneos en el caso concreto.[4]

En tal sentido, cuando se trata de resoluciones o actos administrativos de carácter personal que ordenan el traslado de un servidor público, lo cual se manifiesta como consecuencia del ejercicio del ius variandi por parte del empleador, lo natural es que se acuda ante la jurisdicción contencioso administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha sido enfática en manifestar que un empleador, en el ejercicio del ius variandi[5], independientemente de su naturaleza privada o pública,[6] no puede desconocer los derechos fundamentales de las personas que prestan un servicio público. Además, ha dicho que cuando ese desconocimiento constituye una amenaza de perjuicio irremediable, pese a la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa, la acción de tutela procede contra el acto administrativo.”

La jurisprudencia constitucional ha precisado que la anterior situación se presenta cuando (i) 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 trabajo[7], y (ii) adicionalmente se cumplen algunos de los siguientes supuestos:

b. En eventos donde la decisión de traslado es intempestiva y arbitraria y tiene como consecuencia la ruptura del núcleo familiar, que va más allá de una simple separación transitoria, u originada por causas distintas al traslado mismo o a circunstancias de carácter superable[9].

c. Cuando el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia[10].

La Corte Constitucional en la sentencia T-653 de 2011[11] reiteró que:

“Estas subreglas son aplicables a todo servidor público susceptible de ser trasladado, entendiendo por servidor público todo aquel investido regularmente de función pública[12], pues en tales casos las necesidades del servicio deben ceder ante la necesidad de proteger los derechos fundamentales del servidor. La clasificación del servidor no puede servir de criterio diferenciador para no aplicar estas reglas, pues los derechos fundamentales son universales y además, no es un criterio objetivo que justifique un trato diferenciado desde el punto de vista del principio de igualdad.”

Igualmente, la citada sentencia sostuvo:

“La Sala es enfática en manifestar que el ámbito de protección del recurso de amparo frente a derechos fundamentales del trabajador como consecuencia de esta clase de actos administrativos, no puede enmarcarse únicamente dentro de las premisas anteriores, pues ello significaría desconocer que existen circunstancias en las que dichas reglas pueden no resultar aplicables. Por lo tanto, la Sala considera pertinente resaltar que cualquier derecho fundamental que pueda verse afectado por el traslado de un servidor público, es susceptible de amparo por vía de tutela siempre y cuando no exista otro mecanismo judicial de protección y se esté ante un perjuicio irremediable.”

De la sentencia transcrita se evidencia que la Corte Constitucional ha señalado de manera clara, que la clasificación del servidor público no es un criterio diferenciador para la aplicación de las reglas jurisprudenciales sobre traslados. Esto, por cuanto no sería un criterio objetivo el trato diferencial respecto del principio de igualdad[13].

Visto lo anterior se puede concluir, que a pesar de que la administración puede modificar

las condiciones de prestación del servicio, no existe discrecionalidad absoluta, pues debe tener en cuenta las condiciones particulares del funcionario que ha ejercido su cargo por años, las cuales no pueden ser alteradas sino por razones que al menos conduzcan a una mejora en el servicio. Establecida entonces la procedencia de la tutela de forma excepcional, la Sala entrará a estudiar el tema del ius variandi.

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

La Corte Constitucional[14], en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la facultad del empleador de trasladar a sus empleados no tiene carácter absoluto, porque, por un lado, existen límites que impone la Constitución Política que exigen que el trabajo se desarrolle en condiciones dignas y justas, de conformidad a lo establecido en el artículo 53 de la Norma Superior; y, de otro lado, las decisiones deben sujetarse al principio de proporcionalidad y deben responder a las necesidades del servicio u objeto social de la empresa.

En el caso del sector público, la Corte igualmente ha señalado que la administración goza de un margen adecuado de discrecionalidad para modificar la ubicación funcional o territorial de sus funcionarios, con el fin de realizar 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”[15].

La Corte Constitucional en varias ocasiones se ha referido al alcance del ius variandi y ha considerado que “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”[16].

Así por ejemplo, en la Sentencia T-483 de 1993[17], 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 *ius 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.”

Posteriormente, en la sentencia T-355 de 2000[18], aclaró que la facultad del empleador de modificar las condiciones en una relación laboral (*ius variandi*) no es absoluta, ya que ésta 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 ese sentido, la sentencia T-611 de 2001[19] dejó claro que el empleador no puede modificar las condiciones iniciales del trabajador sin que existan razones que lo justifiquen.

De esa forma, esta Corporación ha considerado que la facultad legal de que dispone el empleador para modificar las condiciones laborales de sus trabajadores debe realizarse teniendo en cuenta, entre otros aspectos, (i) las circunstancias que afectan al trabajador; (ii) la situación familiar; (iii) su estado de salud y la de sus allegados; (iv) el lugar y el tiempo de trabajo; (v) las condiciones salariales; (vi) el comportamiento que ha venido observando y el rendimiento demostrado[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].

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.

Por su parte, la persona afectada con la nueva medida, para hacer uso de los límites al derecho del empleador, debe probar en qué medida se están vulnerando sus derechos fundamentales, pues no le basta simplemente manifestar su inconformidad.

2.2.3 El carácter fundamental autónomo del derecho a la salud

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”[22]

Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”[23]

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 13 que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos

discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta[24].

Sobre la naturaleza del derecho a la salud, inicialmente, la Corte Constitucional consideró que el mismo era un derecho prestacional. La fundamentalidad dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental - tesis de la conexidad -, y por tanto sólo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

En esta línea tenemos por ejemplo, la sentencia T- 494 de 1993[25]. En ella, esta Corporación estudió el caso de una persona que encontrándose presa, presentó un problema renal severo. En esa ocasión estudió el derecho a la salud relacionado con el derecho a la integridad personal, para lo cual sostuvo:

“Es cierto que la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa. Por ello cuando se habla del derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género cubija a cada una de las especies que lo integran. Es un contrasentido manifestar que el derecho a la vida es un bien fundamental, y dar a entender que sus partes -derecho a la salud y derecho a la integridad física- no lo son.

El derecho a la integridad física comprende el respeto a la corporeidad del hombre de forma plena y total, de suerte que conserve su estructura natural como ser humano. Muy vinculado con este derecho -porque también es una extensión directa del derecho a la vida- está el derecho a la salud, entendiendo por tal la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, lo que conlleva a la necesaria labor preventiva contra los probables atentados o fallas de la salud. Y esto porque la salud es una condición existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad: al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable. La persona humana requiere niveles adecuados de

existencia, en todo tiempo y en todo lugar, y no hay excusa alguna para que a un hombre no se le reconozca su derecho inalienable a la salud.”

En sentencias posteriores, la Corte admitió que cuando se tratara de sujetos de especial protección, el derecho a la salud es fundamental y autónomo. Así lo estableció la sentencia T-1081 de 2001[26], cuando dispuso:

“El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana.”

Posteriormente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por ejemplo en sentencia T-016 de 2007[27], amplía la tesis y dice que los derechos fundamentales están revestidos con valores y principios propios de la forma de Estado Social de Derecho que nos identifica. De esa forma dice que:

“la fundamentalidad de los derechos no depende - ni puede depender - de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”. [28]

Por último, en la Sentencia T-760 de 2008[29], la jurisprudencia de esta Corporación determinó “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.” [30]

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 [sic] 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.”[31] 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.”[32]

En este contexto, estos derechos son fundamentales y susceptibles de tutela, “declaración que debe ser entendida con recurso al artículo 86 de la Constitución Política que prevé a esta acción como un mecanismo preferente y sumario.”[33]

Así las cosas, al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo que guarda íntima relación con el bienestar del ser humano, donde el Estado, la sociedad y la familia, deben garantizar un mínimo de dignidad a las personas[34] y su estabilidad tanto física como mental, el cual, como se ha reiterado, adquieren la condición de derecho fundamental autónomo y puede ser protegido por la acción de tutela[35].

2.2.4 Reiteración de la jurisprudencia sobre el alcance del derecho a la salud mental

Esta Corporación desde sus inicios se ha pronunciado sobre el alcance del derecho a la salud, que la Constitución en sus artículos 13 y 47, prevé para las personas afectadas por enfermedades mentales.

Respecto a las personas que padecen de un trastorno mental, la Corte Constitucional ha dicho que “El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento...”.[36]

Sobre el particular, en sentencia T-597 de 1993[37], esta Corporación sostuvo que “la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo”, por tal razón le corresponde al Estado y a la sociedad, la protección del mínimo vital, “por fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal”. De ahí, que la salud supone “un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

En este orden de ideas, la posición de la Corte ha sido reiterada en la sentencia T-458 de 2009[38], al señalar:

“... la noción de salud implica, además de la búsqueda de los objetivos generales de bienestar y estabilidad orgánica y funcional, la autodeterminación y la posibilidad de gozar de una existencia adecuada en las condiciones que resulten más convenientes y ajustadas a su disminuida condición física y mental[39]. En este sentido, la salud que es objeto de protección por parte del juez constitucional no hace referencia únicamente a la integridad física sino que comprende, necesariamente, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico, mental y psicosomático de la persona[40].”

La citada sentencia considera importante la “... necesidad de desarrollar labores de prevención y control tanto de las enfermedades que se encuentran en estados tempranos de evolución como de aquellos otros padecimientos crónicos, o aún agudos e invalidantes, que afectan a determinada persona”. De igual forma, la Corte ha sostenido que para tener derecho a la prestación médica, no se requiere que el paciente “... se encuentre en la fase crítica de una enfermedad psicológica o mental. Aceptarlo así equivaldría a excluir, en todos los campos de la medicina, los cuidados preventivos.[41]” Asegura que no puede perderse de vista que “dentro de las finalidades del tratamiento médico, dispensado conjuntamente por profesionales y personas allegadas al paciente, puede perseguirse, o bien la mejoría total en los casos en que ésta sea posible, o bien el control de las afecciones del enfermo con el propósito de disminuir una disfunción que se ha catalogado como crónica y que se estima incurable -no desaparecerá -. Se trata entonces, de un principio que adquiere indiscutible relevancia en los casos de las enfermedades mentales.[42]”

En esas circunstancias, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que, debido a que este grupo de personas se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, requieren para su recuperación de “altos y especializados niveles de atención, a través de los cuales se debe garantizar la estabilidad del paciente y la posibilidad que tanto éste como sus familias, lleven una vida en condiciones de dignidad”[43].

2.2.5 Alcance del deber de obrar conforme al principio de solidaridad del Estado y la sociedad en la protección especial de los enfermos mentales y el papel de la familia en su recuperación

La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial en relación con las responsabilidades que surgen frente a un enfermo mental, con el fin de delimitar el alcance del deber de obrar conforme al principio de solidaridad social, que le es exigible a la familia, a la comunidad y al Estado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 13, 49 y numeral 2º del artículo 95 de la Constitución Política.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha analizado la complejidad de la situación que genera en su entorno familiar y social un enfermo mental, por ello ha hecho énfasis en la necesidad de que los familiares y los particulares cuenten con la asesoría e información necesarias que permitan contribuir eficazmente a la mejora o estabilidad del enfermo. Sobre el particular la sentencia T-248 de 1998[44] señaló:

“En los casos de peligro o afectación de la salud de una persona, [en particular la] mental y psicológica, no solamente están comprometidos los derechos fundamentales que a ella corresponden sino los de sus allegados más próximos, los de la familia como unidad y núcleo esencial de la sociedad que merece especial protección, y los de la colectividad”.

Igualmente, esta Corporación en sentencia T-209 de 1999[45] sostuvo que si bien, en principio, la familia es la primera llamada a asistir las necesidades del paciente, esta obligación no puede ni debe ser absoluto, sino que será establecido “de cara a la naturaleza de la enfermedad que se enfrenta y teniendo en cuenta los recursos económicos y logísticos de que se disponga”, ya que en estos eventos no solamente se ven involucrados los derechos del enfermo sino también los de su núcleo familiar.

Sobre el particular, la Corte en sentencia T-1090 de 2004[46] estableció que es el juez constitucional quien buscará una armonización de los derechos y de las cargas que se encuentran en juego con la decisión terapéutica de reintegrar a un paciente al entorno social y al medio familiar, teniendo en consideración “las características de la enfermedad mental, la historia clínica del paciente, la posibilidad de que tenga recaídas o reacciones imprevistas y la capacidad de manejo y cuidado de sus parientes”.

En ese sentido, esta Corporación, en la sentencia T-558 de 2005[47], reiteró:

La jurisprudencia constitucional siempre ha reconocido la importancia de involucrar a la familia en el proceso de tratamiento de la enfermedad mental que sufre uno de sus

integrantes; para ello, ha apelado al derecho a la salud, al respeto de la dignidad humana y en especial, al principio de la solidaridad social, con el fin de impedir que se eluda la responsabilidad de la familia, del Estado y de los particulares frente a la atención y protección de los enfermos mentales.

De esa forma, en sentencia T-867 de 2008[48], esta Corporación sostuvo que tratándose de una persona que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta, el principio y deber constitucional de actuar solidariamente irradia toda la estructura estatal y social. De ahí que tanto la familia, como el Estado y la comunidad en general, tienen la obligación de contribuir al control y prevención de la enfermedad y a propender por la recuperación o mejoría del enfermo, teniendo en cuenta cada caso en concreto.

Sobre lo anterior se puede concluir, que los primeros llamados a satisfacer las necesidades de atención que requiera el enfermo mental es su familia, considerando los lazos de afecto que los unen, constituyéndose en un soporte importante para su recuperación o su mejoramiento. De igual forma, el deber de solidaridad de la familia no es absoluto, sino que se comparte con los demás miembros de la comunidad y con el Estado, de manera que deben complementar el trabajo de la primera.

Con fundamento en los criterios jurisprudenciales antes reseñados procede la Corte al análisis del caso concreto.

2.3 EL CASO CONCRETO

En el presente caso debe estudiarse: (i) resumen de los hechos, (ii) la procedencia de la tutela, y (iii) la vulneración de los derechos fundamentales.

2.3.1 Resumen de los hechos

La acción de tutela la presenta el señor Alejandro Bedoya López, quien se encuentra afiliado al régimen contributivo en salud a Saludcoop y cuenta con 33 años de edad. Se desempeña como dragoneante en el INPEC desde el 6 de septiembre de 1999, prestando sus servicios en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de la ciudad de Pereira.

De acuerdo con la historia clínica y los conceptos especializados que se aportaron al

expediente, desde el año 2004, comenzó a presentar alteraciones psiquiátricas, razón por la cual ha recibido tratamiento en forma continua, y ha sido recluido en varias oportunidades en la ESE Hospital Mental Universitario Homéris de Risaralda, con diagnósticos que van desde trastorno delirante persistente no especificado, trastorno anancástico de la personalidad, trastorno obsesivo compulsivo recurrente, hasta trastorno de la personalidad.

De conformidad con lo allegado al proceso, el accionante pertenece a una familia conformada por una hija de 11 años, producto de un matrimonio anterior y quien vive con la mamá. Actualmente reside en la casa de su progenitora con su nueva pareja, con quien lleva una vida conflictiva a raíz de los problemas psiquiátricos que lo aquejan. De esa última unión tiene una hija de 1 año de edad, como consta en el registro civil de nacimiento de la niña, quien depende económicamente del padre. También tiene un hermano, casado y con una hija de 16 años, con quien no se lleva bien, por la difícil situación que éste maneja con su madre.

Se anexa copia de la decisión tomada por la Dirección General del INPEC, de trasladar al accionante del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de la ciudad de Pereira, al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de la ciudad de Sincelejo, Sucre, a través de la Resolución No. 001847 del 30 de mayo de 2012, notificada el día 6 de junio del mismo año.

Sin embargo, el señor Bedoya presentó recurso de reposición, solicitando se reconsiderara la orden impartida teniendo en cuenta su especial situación de salud, así como la recomendación presentada por la Coordinadora del Grupo Salud Ocupacional del INPEC, el día 21 de junio de 2012, para que no se le cambiara el sitio de trabajo, dada las características de su patología mental y el tratamiento que requiere. Además, dijo que tenía dos hijas menores de edad por las cuales tiene que responder.

El recurso fue desatado en forma desfavorable por el INPEC, aduciendo que el traslado del dragoneante Alejandro Bedoya López, fue ordenado obedeciendo a la causal "por necesidad del servicio" prevista en el artículo 24 del Decreto 407 de 1994, pues le asiste a la Institución el deber legal y constitucional de atender los requerimientos propios del cargo, por tanto, los funcionarios están llamados a cumplir con las funciones que les asisten y

para lo cual fueron nombrados, y en especial, por la naturaleza del servicio que requiere el INPEC.

El accionante manifiesta que la decisión tomada por el INPEC vulnera sus derechos fundamentales, por cuanto no ha tenido en cuenta su estado de salud psiquiátrico. Aseguró que por esa razón, sus funciones como dragoneante se encuentran restringidas; además, el cambio a otra ciudad lejos de su familia pone en peligro su estabilidad afectiva, por cuanto su tratamiento debe ser de forma integral, lo que implica el acompañamiento permanente de su núcleo familiar, entendiéndose éste no solo el de sus hijas y compañera permanente, sino el de su madre y hermanos.

2.3.2 La procedencia de la tutela

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela está revestida de un carácter subsidiario, es decir, solamente puede ser ejercida cuando: (i) no exista otro medio de defensa judicial de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, o (ii) cuando existiendo otros mecanismos, éstos se tornan ineficaces para la protección de los derechos fundamentales o resulta necesaria la intervención del juez de tutela para evitar que ocurra un perjuicio irremediable.

En este sentido, esta Corporación[49] ha sostenido que la subsidiariedad y excepcionalidad de la acción de tutela reconocen la eficacia de los medios ordinarios de protección judicial como el medio legítimo para la salvaguarda de los derechos.

En la sentencia, esta Corporación señaló como requisito ineludible para la procedencia de la tutela frente a controversias causadas por traslados, la existencia de un inminente perjuicio irremediable iusfundamental.

Ahora bien, el caso que se estudia se refiere a la orden impartida por el INPEC a un funcionario que padece de trastornos mentales y que según recomendación médica, no sería procedente su traslado fuera de su entorno familiar.

La Sala considera que de los hechos y pruebas obrantes en el expediente, la acción de tutela procede en este caso, toda vez que existe un riesgo de perjuicio irremediable, como quiera que el señor Bedoya López padece de serias complicaciones de salud mental, con

diagnósticos que van desde trastorno delirante persistente no especificado, trastorno anancástico de la personalidad, trastorno obsesivo compulsivo recurrente, hasta trastorno de la personalidad, las cuales sin la atención especializada podrían acrecentarse afectando su propia vida. Como consecuencia de ello, requiere de la continuidad urgente del tratamiento con los especialistas en psiquiatría, quienes han recomendado de la inconveniencia de un traslado a otra ciudad y la necesidad de estar acompañado con su familia, teniendo en cuenta que si no se toman esas medidas, se puede causar un daño irreversible en términos de salud.

2.3.3 Examen de la vulneración de los derechos fundamentales de los tutelantes

La Constitución Política ha considerado que los actos administrativos que ordenan traslado de un servidor público pueden dar lugar a un fallo de tutela favorable cuando: (i) 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 implica una desmejora de sus condiciones de trabajo; y (ii) si afecta en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor y/o de su núcleo familiar[50].

2.3.3.1 Respecto al primer punto, la Sala observa de los hechos y pruebas obrantes en el expediente, así como de las afirmaciones del señor Bedoya, que el INPEC “no tuvo en cuenta su condición de salud y la complejidad de su situación, en especial, no se valoró el concepto de los médicos tratantes, ni el de la Coordinadora del Grupo de Salud Ocupacional del INPEC”, donde señaló que al señor Alejandro Bedoya López, “con el fin de contribuir al mejoramiento de su estado de salud”, se le debe ubicar en un sitio de trabajo acorde con sus condiciones psico-fisiológicas para mantenerlo en actitud de producción de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Resolución 1016 de 1989, relacionadas con los programas de medicina preventiva de los trabajadores del INPEC.

Igualmente, no se valoró el concepto de medicina laboral del INPEC de fecha 11 de diciembre de 2011, donde consta que el señor Alejandro Bedoya López padece de psiquismo, y se indica unas limitantes como la de (i) no portar ni manipular armamento, (ii) no laborar en horario nocturno, (iii) no prestar servicio de guardia en patios, garitas o remisionar, y (iv) no laborar más de 8 horas al día.

Sobre lo anterior, es importante señalar que de acuerdo con el artículo 113 del Decreto Ley

407 de 1994, el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria, cumple una misión de "... mantener y garantizar el orden, la seguridad, la disciplina y los programas de resocialización en los centros de reclusión, la custodia y vigilancia de los internos, la protección de sus derechos fundamentales y otras garantías consagradas en la Constitución Política, en pactos, tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos, suscritos y ratificados por Colombia y en general asegurar el normal desarrollo de las actividades en los centros de reclusión.". De igual forma, el artículo 118 de la citada norma establece las funciones de seguridad, vigilancia y disciplina de los establecimientos penitenciarios y carcelarios.

Cabe anotar que las recomendaciones de Medicina Laboral del INPEC se refieren precisamente a limitaciones a estas funciones, debido a su situación especial de salud, las cuales no se cumplieron por parte de la entidad accionada.

De igual manera, no se tuvo en cuenta la historia clínica del accionante expedida por la ESE Hospital Mental Universitario de Risaralda, en la cual consta que ha sido tratado desde el 6 de abril de 2006, con diagnóstico inicial de "trastorno delirante persistente", hasta noviembre 15 de 2011, cuando se determinó que padecía, entre otros, de "trastorno afectivo bipolar", para lo cual ha sido tratado con medicamentos.

En otras palabras, la entidad demandada decidió trasladar al accionante sin realizar un previo análisis de su situación particular respecto a su condición de salud, familiar y laboral, suficientemente justificada de las pruebas que hacen parte dentro del proceso.

El juez constitucional de primera instancia fue muy acertado al amparar los derechos fundamentales del actor y decidir que no era conveniente su traslado a otra ciudad, pues "conllevaría a exponer sus condiciones de salud y de vida, entorpeciendo de alguna manera los tratamientos a los que actualmente está sometido.". Concluyó que en la decisión del INPEC "primó las necesidades del servicio frente a sus derechos fundamentales, circunstancia que no puede ser ajena al juez constitucional, quien tiene la función especial de amparar los preceptos de la Carta Magna y hacerlos realidad."

Pero esta decisión fue revocada por el Tribunal Superior de Pereira, - Sala de Decisión Penal -, al considerar que no existió vulneración de los derechos fundamentales, por cuanto el traslado se dio con suficiente motivación en uso de las facultades del *ius Variandi*

que tienen las entidades del orden nacional de ordenar traslados por la necesidad del servicio. También señaló que su traslado no afectaría de manera directa su vida y salud, por porque si bien existe una recomendación de no traslado de su médico psiquiatra, esta fue posterior a la fecha de conocimiento de la orden impartida, y de igual manera podría continuar con el tratamiento farmacológico en su nuevo sitio de trabajo.

2.3.3.2 Respecto al segundo punto sobre la afectación grave y directa los derechos fundamentales del accionante, se evidencia dentro de las pruebas aportadas al proceso, la dependencia afectiva del accionante con su familia, en especial con su madre y sus hijas, por quienes, en sus estados psicóticos mantiene una preocupación constante.

Con fundamento en la documentación que se allega, la Sala constata la vulneración a los derechos fundamentales del señor Alejandro Bedoya López por parte de la entidad demandada, al ordenar su traslado a otra ciudad distante de donde reside su núcleo familiar, desconociendo la complejidad de su situación, y los diversos factores que han incidido en su salud.

En efecto, la pérdida del contacto directo o la cercanía física permanente con quienes conforman su entorno familiar, no es conveniente en estos casos, toda vez que la separación de ellos afectaría su recuperación, como conceptuó la médica tratante.

La Corte al estudiar casos similares, ha admitido que el soporte emocional y afectivo que brinda la familia para el manejo y recuperación de las patologías psiquiátricas reviste gran importancia[51]. Este aspecto debe ser valorado tanto por los especialistas y el personal de apoyo en el tratamiento, con el fin de constituir un soporte para que se pueda dar continuidad al tratamiento.

Ahora bien, la administración cuenta con una amplia discrecionalidad para decidir sobre la reubicación de su personal, en especial, cuando se trata de entidades con planta global y flexible como lo es el INPEC. Sin embargo, como se indicó en la parte motiva, esta potestad presenta varias limitantes como lo son la situación familiar del trabajador, su estado de salud y el de sus allegados, las condiciones salariales, y la razonabilidad de las decisiones[52].

Por lo tanto, ante la evidente situación de salud que presenta el accionante, considera la

Sala precedente amparar los derechos fundamentales señor Alejandro Bedoya López, y ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC-, la inaplicación de la Resolución No. 001847 del 30 de mayo de 2012, mediante la cual se decide el traslado, hasta tanto el médico tratante especialista en psiquiatría considere la recuperación total del paciente y la vulneración sea superada.

De igual forma, ordenará al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC-, reubicar al señor Alejandro Bedoya López, en un cargo acorde a su actual estado que no presente riesgo para su salud, conforme a las recomendaciones de la Coordinadora del Grupo Salud Ocupacional de ese centro carcelario, donde solicitó revisar las condiciones laborales del accionante y sugirió que fuese reubicado en sus funciones en procura de su rehabilitación.

En consecuencia, la Sala revocará el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, - Sala de Decisión Penal -, el 24 de agosto de 2012, que revocó a su vez la decisión de primera instancia del 23 de julio de 2012, del Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pereira, Risaralda, que amparó los derechos fundamentales del actor.

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,

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, - Sala de Decisión Penal -, el 24 de agosto de 2012, por lo motivos anteriormente expuestos.

SEGUNDO.- En su lugar, CONFIRMAR el fallo de primera instancia del 23 de julio de 2012, proferido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pereira, Risaralda, en el sentido de CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales a la salud y al trabajo en condiciones dignas y justas al señor Alejandro Bedoya López, por las consideraciones antes expuestas.

TERCERO.- En consecuencia, ORDENAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC-, inaplicar la Resolución No. 001847 del 30 de mayo de 2012, mediante la cual se

traslada al señor Alejandro Bedoya López como dragoneante a la ciudad de Sincelejo, Sucre, hasta tanto el médico tratante especialista en psiquiatría considere la recuperación total del paciente y la vulneración sea superada.

CUARTO.- ORDENAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC-, que reubique al señor Alejandro Bedoya López en la ciudad de Pereira, Risaralda, en un cargo acorde a su actual estado que no presente riesgo para su salud, conforme a las recomendaciones de la Coordinadora del Grupo Salud Ocupacional de ese centro carcelario.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALEXEI EGOR JULIO ESTRADA

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Entre otras las sentencias T-1156 de 2004 MP. Marco Gerardo Monroy; T-346 de 2001 MP. Jaime Araujo Rentería; T-1498 de 2000 MP. María Victoria SÁCHICA; T-965 de 2000 MP. Eduardo Cifuentes; T-288 de 1998 MP. Fabio Morón Díaz; T-715 de 1996 MP. Eduardo Cifuentes; T-016 de 1995 MP. José Gregorio Hernández y T-483 de 27 de 1993 MP. José Gregorio Hernández.

[2] Entre otras las sentencias: T-468 de 2002 MP. Eduardo Montealegre; T-346 de 2001 MP.

Jaime Araújo Rentería; T-077 de 2001 MP. Fabio Morón Díaz; T-1498 de 2000 MP. María Victoria Sáchica; T-965 de 2000 MP. Eduardo Cifuentes; T-355 de 2000 MP. José Gregorio Hernández; T-503 de 1999 MP. Carlos Gaviria Díaz; T-288 de 1998 MP. Fabio Morón Díaz; T-715 de 1996 MP. Eduardo Cifuentes; T-016 de 1995 MP. José Gregorio Hernández.

[3] MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[4] Ver Sentencia T-894 del 11 de noviembre de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[5] El ius variandi ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como “la potestad del patrono en ejercicio de su poder subordinante para alterar las condiciones en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo de sus empleados” Sentencia T-468 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[6] El ejercicio del ius variandi no es una facultad exclusiva de las relaciones laborales particulares, sino que también está circunscrita al caso en que el empleador es una entidad de derecho público. (Ibídem).

[7] Entre otras sentencias T-715 de 1996 MP. José Gregorio Hernández y T-208 de 1998 MP. Fabio Morón Díaz.

[8] Entre otras sentencias T-330 de 1993 MP. Alejandro Martínez Caballero; T-483 de 1993 MP. José Gregorio Hernández; T-131 de 1995 MP. Jorge Arango Mejía; T-514 de 1996 MP. José Gregorio Hernández; T-181 de 1996 MP. Alejandro Martínez Caballero; T-715 de 1996 MP. Eduardo Cifuentes; T-516 de 1997 MP. Hernando Herrera Vergara; T-208 de 1998 MP. Fabio Morón Díaz y T-532 de 1998 MP. Antonio Barrera Carbonel.

[9] Sentencia T-503 de 1999 MP. Carlos Gaviria Díaz.

[10] Entre otras sentencias T-120 de 1997 MP. Carlos Gaviria Díaz; T-264 de 2005 MP. Jaime Araujo Rentería.

[11] MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[12] Respecto de la noción de función pública, indicó esta Corporación: “Así las cosas, la noción de “función pública” atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a

través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.// Empero, debe la Corte señalar que la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas (art. 123-3, 210-2, 267-2) o funciones públicas judiciales (art. 118-3).” Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003.

[13] Sentencia T-247 de 2012 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[14] Sentencia T-026 de 2002 MP. Eduardo Motealegre Lynett.

[15] Sentencia T-752 de 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil.

[17] MP. José Gregorio Hernández.

[18] MP. José Gregorio Hernández.

[19] MP. Jaime Córdova Triviño.

[20] Entre otras sentencias T-483 de 1993 MP. José Gregorio Hernández; T-503 de 1999 MP. Carlos Gaviria; T-1156 de 2004 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra; y T-797 de 2005 MP. Jaime Araujo Rentería.

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

[22] Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

[23] Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[24] Constitución Política, art. 13.

[25] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[26] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[27] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[28] Este argumento fue inicialmente expuesto en sentencia T-573 de 2005 y desarrollada en sentencia T-016 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[29] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[30] Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[31] En la sentencia C-811 de 2007 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[32] Sentencia C-811 3 de 2007 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[33] Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[34] Sentencia T-209 de 1999 MP. Carlos Gaviria Díaz.

[35] Sentencia T-1185 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[36] Sentencia T-494 de 1993 MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

[37] MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[38] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[39] Sentencia T-401 de 1992. En esta ocasión la Corte reconoció “el derecho a cargo del Estado a la atención integral, para la debida protección suya y de la sociedad”, en favor de dos personas que durante más de 20 años habían permanecido privados de su libertad con medidas de seguridad de internación psiquiátrica en manicomio criminal.

[40] Cfr. Sentencia T-248 de 1998. En esta sentencia la Corte tuteló el derecho a la vida digna de una persona que “en los últimos años ha venido afrontando situaciones traumáticas en su vida personal y familiar”, y ordenó el reinicio de un tratamiento psicológico que una EPS había suspendido señalando, entre otras cosas, que dicho procedimiento médico no estaba cobijado por el Plan Obligatorio de Salud.

[41] Cfr. Sentencias T-248 de 1998, y T- 124 de 2002.

[42] Cfr. Sentencia T-209 de 1999.

[43] Entre otras sentencias T-401 de 1992; T-851 de 1999; y T-1090 de 2004.

[44] MP. José Gregorio Hernández Galindo.

[45] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[46] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[47] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[48] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[49] Entre otras, la sentencia T- 417 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa.

[50] Sentencias T-715 de 16 de 1996 MP. José Gregorio Hernández y T-288 de 1998 MP. Fabio Morón Díaz.

[51] Sentencia T-458 de 2009 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[52] Ver, entre otras, las Sentencias: Ibídem T-483 del 27 de octubre de 1993. MP. José Gregorio Hernández Galindo, Ibídem T-503 del 13 de julio de 1999. MP. Carlos Gaviria Díaz, T-1156 del 18 de noviembre de 2004. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-797 del 03 de agosto de 2005. MP. Jaime Araujo Rentería.