

IUS VARIANDI-Límites constitucionales

El ius variandi, procede por motivos razonables y justos; en su ejercicio deberá preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y la seguridad del trabajador; y, el uso de la discrecionalidad que la ley confiere al patrono, bien sea privado u oficial, debe ser razonable, lo que significa que la potestad no puede ser ejercida de manera arbitraria e intempestiva, sino respetando los derechos fundamentales de los trabajadores y de los integrantes de su núcleo familiar, tales como la vida, la salud o la integridad personal. De ahí, que las razones del buen servicio público que tenga la Administración, priman sobre las subjetivas que oponga el empleado trasladado, ya que el cumplimiento de las obligaciones del Estado no puede estar condicionado o sometido a los intereses personales de cada uno de sus servidores, pues así, la movilidad geográfica en la función pública sería absolutamente imposible. Con todo, la facultad discrecional de variación o modificación de las condiciones de trabajo que le asiste al empleador público no es absoluta, por cuanto dadas las repercusiones y trascendencia que tiene para el trabajador en aspectos familiares, sociales, culturales y hasta económicos, el acto administrativo de traslado debe sujetarse a los postulados consagrados en la Constitución, respetando las garantías de estabilidad tanto laboral como personal del trabajador.

TRASLADO LABORAL-Acto administrativo debe sujetarse al respeto de los derechos fundamentales del trabajador

No obstante que la facultad de traslado puede ser ejercida cuando las necesidades del servicio así lo exijan, el acto administrativo que así lo ordene, debe sujetarse al respeto de los derechos fundamentales del trabajador. En varios de sus pronunciamientos esta Corporación ha afirmado, que el traslado se torna arbitrario solo cuando no obedece a razones del servicio o con esta se desconocen los derechos adquiridos y las condiciones laborales del funcionario. La orden de traslado es de obligatorio cumplimiento para el funcionario, aunque puede ser controvertida en sede administrativa una vez sean resueltos los recursos que legalmente proceden, en caso de considerarse la vulneración de los derechos con la expedición de dicho acto.

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-Facultad de traslado y Sistema de Planta de personal

global y flexible en Régimen especial

De acuerdo con el artículo 122 de la Carta Suprema, el empleo público remunerado se ejerce dentro de una planta de personal. Estas tienen diferentes modalidades que se determinan al interior de cada entidad u organismo público; y así, se habla de planta orgánica y de planta global por entidad o planta global del Estado. Las plantas de carácter global y flexible, facilitan movimiento de personal con miras a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y en virtud de ellas, les asiste a las entidades un mayor grado de discrecionalidad para ordenar las reubicaciones territoriales de trabajadores cuando así lo demande la necesidad del servicio, lo cual no riñe en sí mismo con preceptos superiores. Pero aún, en instituciones como estas los movimientos de personal deben obedecer a los requerimientos del servicio y salvaguardar los derechos fundamentales, que se concretan en la imposibilidad de crear condiciones menos favorables y en el deber de respetar ciertas garantías mínimas para el empleado. El Ministerio de Defensa Nacional, se rige por el sistema de planta de personal global y flexible, consistente en un banco de cargos para todo el territorio nacional, que se distribuyen atendiendo los requerimientos, funciones, planes y programas de las distintas dependencias del Ministerio y especialmente en consideración a las necesidades del servicio.

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

Esta Corporación ha reconocido que en casos de traslados, de manera excepcional y en ciertas situaciones concretas, el juez de tutela puede intervenir con el fin de amparar los derechos fundamentales, cuando se amenace de manera grave la situación del trabajador o de su núcleo familiar, porque: “ (i) el traslado tenga como consecuencia necesaria la afectación de la salud del servidor público o de alguno de los miembros de su núcleo familiar, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido; (ii) cuando la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tiene como consecuencia necesaria la ruptura del núcleo familiar, siempre que no suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables; (iii) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia. En los anteriores eventos, la Corte ha enfatizado que no toda implicación de orden

familiar y económico del trabajador causada por el traslado, tiene relevancia constitucional y amerita la procedencia del amparo transitorio. Las circunstancias concretas deben revestir particular gravedad, de manera tal que sea necesario el concurso del juez constitucional para conjurar un perjuicio irremediable". Así mismo, la Corte ha advertido que al ser mayor el grado de discrecionalidad para traslados en algunas instituciones, es más restringida la posibilidad de control del juez constitucional sobre los actos que dispongan la reubicación, pues ello será de acuerdo con la naturaleza de la entidad y el tipo de funciones que desarrolla.

TRASLADO LABORAL DE JUEZ PENAL MILITAR-Caso en que está demostrado que el traslado constituye una forzada e ilegítima ruptura de los vínculos familiares/TRASLADO LABORAL DE MADRE CABEZA DE FAMILIA-Caso en que se vulneraron derechos fundamentales al no tener en cuenta circunstancias particulares de la demandante

Ante estas circunstancias familiares y personales de la accionante, la separación física o distanciamiento ocasionada por el traslado, constituye una forzada e ilegítima ruptura de los vínculos familiares como consecuencia del cambio de lugar de trabajo de la accionante, pues ocasiona una separación física de sus hijos estudiantes universitarios y de su cónyuge incapacitado quienes se encuentran en imposibilidad de trasladarse a vivir con ella. Así mismo, se destaca que si bien la decisión de traslado se encuentra fundada en serias políticas de igualdad de derechos entre los servidores, en razones de movilidad territorial, en la planta de personal global y flexible, en la disponibilidad permanente por razones del servicio que deben tener sus servidores y que sin duda caracteriza los empleos de la Justicia Penal Militar, la Sala considera que la orden se torna intempestiva y arbitraria en tanto que el Ministerio accionado no podía válidamente desconocer las especiales condiciones personales y familiares de la actora, las cuales, además de ser suficientemente conocidas por el Ministerio accionado, la hacían merecedora de un trato excepcional. Por lo anteriormente expuesto, en el presente caso para la Sala es claro que el Ministerio de Defensa Nacional vulneró los derechos fundamentales invocados por la actora al haber adoptado la decisión de traslado sin tener en cuenta las circunstancias particulares de la actora, concretamente, su estado de salud y su condición de mujer cabeza de familia en virtud del estado de salud de su cónyuge y la condición de estudiantes universitario de sus dos hijos.

Referencia: expediente T-1648461

Acción de tutela instaurada por Martha Elena Jáuregui Escalante contra el Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil siete (2007)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la constitución y el decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos proferidos por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por la señora Martha Elena Jáuregui Escalante, contra el Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar.

I. ANTECEDENTES.

La Señora Martha Elena Jáuregui Escalante, en nombre propio, interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar al estimar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la prevalencia de los derechos constitucionales de la madre cabeza de familia, al trabajo, a la unidad familiar, a la vida en conexidad con el derecho a la salud, al haber sido trasladada del Juzgado 36 de Instrucción Penal Militar con sede en Cúcuta – Norte de Santander al Juzgado 48 de Instrucción Penal Militar con sede en Tame – Arauca, sin que exista razones válidas para hacerlo. La accionante funda sus peticiones en los siguientes:

1. Hechos.

Manifiesta que se vinculó con las Fuerzas Militares el 25 de julio de 1990, en el cargo de Auditor 12 de Guerra con sede en el Batallón García Rovira de Pamplona, Norte de Santander, desempeñando las funciones de asesoría en procesos adelantados en contra de los Oficiales, Suboficiales y Soldados de varias Unidades, según la competencia asignada por el Auditor Principal, para lo cual debía efectuar desplazamientos a diferentes zonas del Departamento de Santander y Norte de Santander.

El 14 de agosto de 1999, se posesionó como Juez 36 de Instrucción Penal Militar con sede en Cúcuta, con lo cual completó 16 años y 7 meses de servicio en la Justicia Penal Militar, de los cuales 7 los ha cumplido en la ciudad de Cúcuta y 10 años en provincia.

Sostiene que durante su desempeño laboral, ha cumplido siempre con sus deberes éticos y profesionales, ha mostrado alto rendimiento según las estadísticas, el Despacho a su cargo se encuentra descongestionado y no ha sido investigada penal ni disciplinariamente. Por el contrario, ha sido merecedora de condecoraciones y felicitaciones con el otorgamiento de la medalla de servicios distinguidos a la Justicia Penal Militar.

El 6 de febrero de 2007, el Director de Justicia Penal Militar, en su condición de superior administrativo, le informó de su traslado intempestivo de la ciudad de Cúcuta donde ejerce el cargo de Juez 36 Penal Militar al cargo de Juez 48 de Instrucción Penal Militar con sede en Tame - Arauca.

En su comunicación de reconsideración de traslado, expuso: (i) que padece de hipertensión severa y a consecuencia de ello ha sufrido dos preinfartos uno en el año 1996 y el otro en 1999, fecha en la cual le diagnosticaron arritmia cardiaca y angina de corazón, razón por la que debe tomar de por vida los medicamentos Cozaar, Betaloc Zock y Norvas y estar en permanente control médico por especialistas, que no se encuentran en Tame en donde sólo existen servicios de segundo nivel que no ofrecen garantía para su salud por el tipo de enfermedad que padece. Adicionalmente esta situación la afectaría emocionalmente e incidiría directamente en la aceleración degenerativa de su enfermedad; (ii) la enfermedad que padece su esposo desde el año 1993, que es de carácter permanente y con medicación de por vida; (iii) la ruptura de la unidad familiar que sobrevendría, toda vez que la distancia la obligaría a verlos tres veces al año por los altos costos de los tiquetes aéreos, que como madre cabeza de familia no podría asumir, ya que la situación de orden público no le

permitiría desplazarse por vía terrestre; (iv) el apoyo permanente, tanto moral como económico que requieren sus dos hijos que se encuentran estudiando en la ciudad de Cúcuta, puesto que en caso de su ausencia, su esposo no está en capacidad de asumirlo toda vez que por su enfermedad no puede trabajar y llevar una vida normal; y (v) no podría cumplir con la dieta estable y balanceada que debe mantener debido a la enfermedad que padece, con lo cual se vería obligada a consumir la alimentación que suministran en el casino.

Sostiene que la Institución demandada no tuvo en cuenta para el traslado su condición de madre cabeza de familia, la cual puso en conocimiento en el mes de abril de 2003, bajo la gravedad de juramento rendida ante la Notaría Primera de la ciudad de Cúcuta con el fin de quedar inscrita en el programa nacional “Retén Social”, conforme a lo establecido en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, argumentando para ello que su cónyuge es una persona que padece enfermedad psiquiátrica y no puede trabajar y además tiene dos hijos uno de ellos menor de edad y el otro aunque ya la adquirió, depende económica y afectivamente de ella. Por tanto, considera que es el núcleo familiar y eje principal del hogar, no sólo porque sus miembros dependen económicamente de sus ingresos sino también por cuanto es la ayuda y el apoyo moral que suministra ternura y comprensión.

Manifiesta que la decisión de trasladarla también violenta su derecho a la familia, puesto que implicaría dejar desprotegidos afectiva, emocional y económicamente a su esposo incapacitado, por la dependencia que tiene pues debido a su enfermedad psiquiátrica, requiere de su afecto y compañía siendo factible que se presente una recaída lo que podría causarle una depresión psiquiátrica que lo llevaría a acabar con su propia vida. También dejaría desprotegidos a sus hijos de 17 y 20 años de edad matriculados en universidades de Cúcuta, de quienes tiene la patria potestad, con lo cual se afecta también la convivencia, la armonía y la protección del hogar que tiene establecido en la ciudad de Cúcuta, toda vez que no podría visitarlos permanentemente por el alto costo de los pasajes y tampoco estaría en capacidad, por razones económicas, de mantener dos hogares. Aceptar esa injusta decisión implicaría abandonar su hogar para reducirse al encierro de una habitación de donde no podría desplazarse de un lugar a otro debido a la inseguridad, circunstancias estas que redundan también en la afectación de su estado de salud.

También estima, que con tal decisión sin motivación alguna, el Ministerio accionado vulnera

su derecho al trabajo, puesto que le impide trabajar de manera efectiva, coordinada y excelente en la medida en que no podría concentrarse en su labor pues su núcleo familiar quedaría desprotegido. En su criterio, el traslado al Municipio de Tame podría buscar una renuncia al cargo que viene desempeñando, lo que es un despido indirecto pues la obligaría a separarse de su familia.

Sostiene que la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar nunca analizó su entorno social y familiar con el objeto de evitar perjuicios considerables a su núcleo familiar y las personas que están a su cargo, además de que pone en peligro la estabilidad familiar y la salud de ella y de su esposo, debido a las enfermedades que padecen ampliamente conocidas por la entidad a la cual está vinculada.

Por lo anterior solicita: (i) se tutelen los derechos fundamentales que considera vulnerados y se ordene la suspensión de la ejecución del traslado como Juez 48 Penal Militar con sede en el Municipio de Tame para que pueda continuar en el cargo de Juez 36 de Instrucción Penal Militar de la ciudad de Cúcuta; y (ii) con base en lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, se decrete la suspensión provisional de la resolución No.000033 del 31 de enero de 2007, hasta tanto se resuelva la presente acción de tutela.

2. Medida Provisional

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Civil Familia, mediante auto de marzo 12 de 2007, admitió la acción de tutela y dispuso el traslado a las dependencias del Ministerio accionado para que ejercieran su derecho de defensa y al Instituto de Medicina Legal de la Ciudad de Cúcuta para practicar un dictamen médico pericial a la accionante y su cónyuge. Adicionalmente concedió la medida provisional solicitada y ordenó suspender provisionalmente la ejecución de la Resolución No.00033 emanada de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, hasta resolverse la acción de tutela¹.

3. Respuesta de la entidad accionada

El Director Ejecutivo de la Justicia Penal Militar (E) dio respuesta a la acción de tutela, argumentando para ello en primer lugar, que el traslado como mecanismo de provisión de empleos según las necesidades del servicio, es una de las situaciones de personal definida en el artículo 53 del Decreto 1792 de 2000. modificado por el artículo 34 de la Ley 091 de

2007, que es de obligatorio cumplimiento para el empleado.

De la misma forma indica, que la planta de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional, de la cual hace parte la Justicia Penal Militar obedece a un sistema de planta global y flexible que se distribuye de acuerdo con las necesidades del servicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 1792 de 2000. Adicionalmente, de conformidad con lo dispuesto en el Código Penal Militar – Ley 522 de 1999, los funcionarios de Instrucción Penal Militar pueden ejercer sus funciones en cualquier parte del territorio nacional donde se encuentren ubicados los despachos de la Justicia Penal Militar, según las necesidades del servicio, para lo cual se delegó en el Director Ejecutivo de la Justicia Penal Militar la potestad para efectuar los traslados de los empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional al servicio de la Justicia Penal Militar, lo que permite dar flexibilidad al movimiento de despachos y de funcionarios, según lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 091 de 2007.

Señala que la decisión administrativa de traslado de la actora, se encuentra ajustada a la legalidad y no vulnera los derechos fundamentales por ella invocados, en tanto que de conformidad con lo anteriormente expuesto, es evidente la potestad de la entidad accionada de mover la planta de la Justicia Penal Militar de acuerdo con las necesidades del servicio y teniendo de presente que los funcionarios deben estar disponibles para ser trasladados a cualquier lugar del país, con el fin de mantener la equidad con el personal que lleva algún tiempo en zonas de riesgo por el orden público, que por su ubicación no son tan privilegiados.

Es así como, en cumplimiento de la Directiva Ministerial No.001 de 2002, la Dirección a su cargo decidió efectuar el traslado de la actora, tomando en consideración de una parte, la necesidad de llevar al Juzgado 48 de Instrucción Penal Militar de Tame, a una persona con alta experiencia y capacidad que garantizara una pronta y efectiva administración de justicia y, de otra parte, atendiendo el hecho de que la actora ha permanecido por más de 6 años en la ciudad de Cúcuta. Precisa, que durante los 10 años que se desempeñó como Auditora de Guerra en Pamplona, su función se limitaba a la asesoría jurídica de los jueces de conocimiento que se encontraban a cargo de los Comandantes de Unidad que en su generalidad no tenían una formación jurídica y por tanto debía proyectar las providencias y conceptos, que no le generaba efectos vinculantes, labor que difiere a la ejercida por el Juez

de Instrucción Penal Militar, quien debe efectuar desplazamientos para adelantar en debida forma la instrucción y el perfeccionamiento de la investigación. Por tanto, concluye que la actora ha prestado sus 16 años de servicio en lugares que por sus condiciones se consideran privilegiados en tanto que no son de orden público.

De otra parte, sostiene que con el traslado no se ha generado un desmejoramiento de las condiciones laborales de la actora, teniendo en cuenta que el ejercicio de sus funciones como Juez de Instrucción Penal Militar no afecta su salario y además por cuanto desde el momento en que aceptó el cargo tenía pleno conocimiento que podía ser trasladada a cualquier parte del país de acuerdo con las necesidades del servicio y con el fin de permitir la rotación de personal que favorezca la igualdad de condiciones.

Niega enfáticamente que las razones que motivaron la expedición de la Resolución No.0003 del 31 de enero de 2007, sean un mecanismo que busque presionar la renuncia de su cargo, como lo afirma en el escrito de tutela, situación que en su concepto debe ser ventilada ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En relación con su afección cardíaca, la alteración psiquiátrica de su esposo y su condición de madre cabeza de familia alegado por la actora en su demanda, informa que en su hoja de vida no registra antecedente alguno sobre estos aspectos y tan sólo mediante escrito de fecha 6 de febrero de 2007, en el que solicita la reconsideración del traslado, puso en conocimiento estas circunstancias que ha debido reportar en su oportunidad para efectos prestacionales y de bienestar del personal. Sostiene también que "...las afecciones que manifiesta padecer la accionante que hace relación a la arritmia cardíaca y angina de corazón (sic) son enfermedades que pueden ser de origen congénito, y cuyo tratamiento puede ser de carácter ambulatorio, servicio médico que se ofrece por la Dirección de Sanidad del Ejército a través de sus centros hospitalarios y que no requiere de tratamiento continuo especializado."

Considera que la situación de traslado de los funcionarios constituye decisiones administrativas de obligatorio cumplimiento del empleado, sin que las razones de índole familiar o personal se puedan anteponer a las necesidades del servicio. De privilegiarse las necesidades personales de los funcionarios que administran justicia, la administración se vería impedida para efectuar los traslados, en tanto que siempre se antepondrán los

intereses personales, que impedirían la continuidad de la prestación del servicio en algunas partes del territorio nacional.

Indica que la Dirección a su cargo, estará presta a conceder los permisos necesarios para efectuar el control médico requerido de acuerdo con lo que se registre en la historia clínica respectiva. Sostiene que el municipio de Yopal por ser capital de Departamento, cuenta con servicios médicos de tercer nivel que pueden prestar la atención requerida por la accionante y su núcleo familiar, puesto que no demostró que el tratamiento que requiere para su enfermedad cardiaca sólo puede ser ofrecido por un establecimiento de sanidad que no se encuentre en el nuevo sitio de trabajo a donde fue trasladada.

Tampoco estima vulnerados los derechos fundamentales de acceso a la educación, ni de los derechos a la madre cabeza de familia, puesto que uno de sus hijos es mayor de edad, pues tiene 21 años y el otro que cuenta con 17 años, está próximo a alcanzarla. Además, la accionante no demostró encontrarse dentro de los supuestos de hecho contemplados en la Ley 790 de 2002, que estableció el retén social, ni tampoco que la actuación de la administración haya sido arbitraria de tal manera que ponga en riesgo los derechos fundamentales de la actora y por tanto, se imponga la protección a través de tutela, ya que de protegerse por esta vía, se estarían anteponiendo necesidades personales a los intereses generales.

Por lo anteriormente expuesto, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela, por cuanto no se cumplen los requisitos para que se configure el amparo, toda vez que no se evidencia la existencia de una amenaza sobre los derechos fundamentales de la actora por parte de la entidad accionada. De otra parte, no demostró la actora que con la decisión del traslado se esté generando un perjuicio irremediable y tampoco que haya acudido ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa para resolver el conflicto, como mecanismo idóneo establecido en el ordenamiento jurídico.

4. Pruebas

Se indican como relevantes los siguientes documentos que reposan en el expediente de la acción de tutela, en fotocopias simples:

Allegadas por la accionante

- Declaraciones extraprocesales rendidas el 6 y el 1° de marzo de 2007, ante las Notarías Tercera y Primera de Cúcuta, respectivamente, en las que consta que la accionante es madre cabeza de familia. (fls.17 y 18)
- Resolución No.000033 del 31 de enero de 2007, proferida por el Director Ejecutivo de la Justicia Penal Militar, por medio de la cual se ordenó el traslado de la accionante. (fl.19)
- Escrito de fecha 6 de febrero de 2007, mediante el cual la accionante le solicitó a la Directora Ejecutiva de Justicia Penal Militar reconsiderar el traslado ordenado mediante la Resolución No.000033 de 2007.(fl.21)
- Oficio No.000083 del 26 de febrero de 2007, mediante el cual la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, resolvió negativamente la solicitud de reconsideración del traslado presentada por la accionante. (fl.24)
- Historia Clínica de la accionante. (fls.28 a 103)
- Historia Clínica del señor Ciro Alfonso Parra Blanco, cónyuge de la accionante. (fls.104 a 142)
- Registro civil de matrimonio católico, celebrado entre la accionante y el señor Ciro Alfonso Parra Blanco. (fl.144)
- Registros civiles de nacimiento de Carlos Alberto y Ciro Andrés Parra Jáuregui, nacidos el 26 de Marzo de 1989 y el 16 de julio de 1985, respectivamente, hijos de la accionante. (fls. 145 y 146)
- Recibo de pago de matrícula de fecha enero 24 de 2007, correspondiente al cuarto año de derecho de Ciro Parra Jáuregui, por valor de \$2.752.000.00 a la Universidad Libre, Seccional Cúcuta. (fls.147 y 148)
- Recibo de pago de matrícula en Ingeniería Industrial, de fecha enero 29 de 2007, correspondiente a Carlos Alberto Parra Jáuregui, por valor de \$881.426.00 a la Universidad Francisco de Paula Santander, Seccional Cúcuta. (fl.149)
- Oficio No.430 de fecha mayo 21 de 2003, dirigido por la accionante al Coordinador de

Justicia Penal Militar, mediante el cual le remite "...el formato de las declaraciones bajo la gravedad de juramento...", con las fin de quedar inscrita en el programa denominado "Retén Social". (fl.152)

- Resultado del estudio gamagráfico, practicado a la accionante el 27 de marzo de 2007, autorizado por la Dirección General de Sanidad Militar. (fl.13 del cuaderno 2)
- Resolución No.000077 de marzo 14 de 2007, proferida por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, mediante la cual, en acatamiento de la orden impartida dentro de la acción de tutela, se suspende provisionalmente los efectos de la orden de traslado. (fl.298)
- Concepto médico relacionado con el estado de salud de la accionante, de fecha 14 de marzo de 2007, suscrito por el Coordinador de Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional. (fl.300)
- Directiva permanente No.01 del 4 de enero de 2002, suscrita por el Ministro de Defensa Nacional. (fl.301)
- Certificación de fecha 14 de marzo de 2007, suscrita por el Coordinador de Personal de la Justicia Penal Militar, en la que consta que la accionante se desempeñó 10 años y 20 días en el cargo de Auditora Auxiliar 12 de Guerra de la V Brigada en Pamplona y durante 6 años y 7 meses en el cargo de Juez 36 de Instrucción Penal Militar en la ciudad de Cúcuta. (fl.317)
- Hoja de vida de la accionante. (fl.326 a 445)
- Concepto médico del estado de salud de la accionante rendido el 28 de marzo de 2007, por el Director de Sanidad del Ejército a petición de la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar. (fl 22 del cuaderno 2)

Practicadas por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta

- Oficio de fecha 14 de marzo de 2007, suscrito por el Secretario General y Desarrollo Comunitario de la Alcaldía del Municipio de Tame, mediante el cual informa sobre los hospitales y servicios médicos con que cuenta el Municipio de Tame. (fl.198)
- Informe Técnico de fecha 13 de marzo de 2007, rendido por el Instituto Nacional de

Medicina Legal en relación con el estado de salud de la accionante y su esposo. (fl.277)

II. DECISIONES OBJETO DE REVISION

1. Fallo de Primera instancia.

Mediante sentencia proferida el 22 de marzo de 2007, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, tuteló en forma transitoria los derechos fundamentales de la actora tras considerar que si bien la accionante puede acudir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el traslado fue intempestivo y arbitrario, al no haber sido debidamente motivado y exigirle un cumplimiento inmediato, sin tener en cuenta las condiciones de salud y familiares de la accionante. Precisa que de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, quedó suficientemente demostrado que en el municipio de Tame al cual fue trasladada, no se le puede brindar la atención que requiere puesto que no existe en esa ciudad un centro médico de III nivel de complejidad, conforme se lo han recomendado los médicos tratantes, con lo cual se pone en grave riesgo su vida y su salud. Encuentra también el fallador probado el resquebrajamiento familiar y el peligro que conllevaría para la unidad familiar el traslado, puesto que es la accionante es el pilar de la familia tanto moral como económico, ya que también quedó demostrado el padecimiento de salud de su esposo, quien podría desequilibrarse en caso de no estar cerca de ella y no ser la persona idónea para encargarse del cuidado del hogar y de sus hijos.

Impugnación

El Ministerio accionado impugnó la decisión de primera instancia, con base en los siguientes argumentos:

Precisa que no obstante que con la expedición del Decreto 091 de 2007, los cargos de funcionarios de la Justicia Penal Militar, quedaron de libre nombramiento y remoción, el personal civil que la conforma no es ajeno a la misión de la Fuerza Pública y por tanto se encuentran sometidos a las situaciones administrativas de personal tales como traslados, comisiones, encargos, licencias y disponibilidad permanente, que incluye los cambios y rotaciones de funcionarios y despachos judiciales para dar respuesta a las necesidades de la administración de justicia.

Por tanto, fallos como el proferido dentro del presente caso, bajo el argumento de protección del derecho a la salud en conexidad con la vida y el derecho a la unidad familiar, lesiona un bien jurídico como el de la administración de justicia, que debe primar sobre cualquier otra condición o interés particular. De la misma forma, sostiene que admitir la inamovilidad en los despachos, desconoce los derechos de los funcionarios que se desempeñan en determinadas zonas de orden público de acercarse a sus familias y termina siendo una administración de personal inequitativa e injusta.

De otra parte, considera que la historia clínica sobre la cual se fundamenta el dictamen de medicina legal que obra en el expediente, no es suficiente para determinar el estado grave e inminente peligro que afecta la salud de la accionante, en tanto que se tuvo en cuenta el pronóstico clínico efectuado en el año 1999 que debió variar en 6 años y no se sustenta en una verdadera valoración médica especializada de la tutelante, que determine plenamente su estado de salud y su imposibilidad de desempeñarse en el municipio de Tame. Agrega que dicho diagnóstico es provisional por cuanto era necesario practicar otro tipo de exámenes para determinar la presencia de una enfermedad coronaria que finalmente fue descartada con las pruebas practicadas en febrero y marzo de 2007 por la autoridad médica de la Clínica San José de Cúcuta.

Destaca que las afecciones alegadas por la accionante pueden ser controlables con medicamentos tomados con responsabilidad, que fueron autorizados por el subsistema de salud de las Fuerzas Militares, y además con un adecuado tratamiento y alimentación, por tanto no constituyen una patología propia de un paciente vital, cuyo derecho a la vida se encuentre en inminente peligro, a más de que el riesgo que conlleva esta afección, es el mismo que se corre aún estando en lugares del país con niveles de atención grado III.

De otra parte, sostiene que no existe la evidencia clínica sobre el estado de salud del esposo de la accionante, que de certeza sobre la inminencia del perjuicio irremediable por el resquebrajamiento de la unidad familiar, en tanto que el examen de medicina legal aportado al expediente, tiene como fundamento una historia clínica que data del año 1993 y además sus dos hijos adquirieron la mayoría de edad. Por tanto solicita también que en este caso se realice una valoración por psiquiatría.

2. Fallo de Segunda instancia.

Mediante fallo proferido el 18 de mayo de 2007, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, decidió revocar la Sentencia de primera instancia al estimar que la acción de tutela es improcedente puesto que la controversia surgida del acto administrativo por medio del cual la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar dispuso el traslado al municipio de Tame, es de estirpe laboral susceptible de ser debatida mediante otros mecanismos de defensa, como la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho.

De la misma forma afirma el fallador que en el caso objeto de estudio, no se vislumbra la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la actora, ni tampoco que con la medida se cause un perjuicio irremediable que haga necesaria su protección transitoria, ya que no se allegó ningún concepto médico que informe sobre el empeoramiento del estado de salud de la accionante y por tanto entiende que es estable y ha sido controlada con la medicación prescrita.

Descarta también que el cambio de ubicación laboral conlleve un peligro inminente en su salud, o que para el manejo de su enfermedad se requiera una institución de tercer nivel, toda vez que el examen practicado por Medicina Legal que así lo afirma, se basó en las patologías presentadas en el año de 1999 y no en una valoración actual. De otra parte, considera que la enfermedad de tipo mental y neurológico que sufre el cónyuge de la actora, no impide que se pueda desplazar junto con ella al lugar donde deba continuar cumpliendo con sus funciones, en tanto que en este caso tampoco existe una valoración reciente de la enfermedad que padece.

III. ACTUACIONES EN LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Solicitud de insistencia

Remitido el proceso para su eventual revisión, la actuación fue recibida en esta Corporación el día 13 de junio de 2007 y el caso fue excluido para esos efectos mediante auto del 13 de julio de 2007, de la Sala de Selección número siete.

Con fecha 10 de agosto de 2007, estando en términos², el Defensor del Pueblo, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, presentó solicitud de insistencia para su selección, considerando que se trata de un traslado laboral donde la

funcionaria cumple con los requisitos trazados por la jurisprudencia constitucional para suspender los efectos del acto administrativo, al encontrarse afectados derechos fundamentales de la accionante y de los miembros de su familia, toda vez que el sitio de destino no cuenta con servicio de atención de tercer nivel para el tratamiento de su patología que evidencia el peligro en la vida de la actora y además por cuanto el traslado implica la ruptura de la unidad familiar, atendida su condición de madre cabeza de familia ante la enfermedad mental de su cónyuge que impide una adecuada atención de sus hijos estudiantes universitarios.³

La Sala de Selección número ocho, mediante auto del 24 de agosto de 2007⁴, aceptando la anterior insistencia en la revisión, selecciona el caso y en el mismo acto, lo reparte para su sustanciación a la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer en Revisión de los fallos de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás normas concordantes.

2. Planteamiento del caso y Problema Jurídico.

La accionante considera que la decisión del Ministerio accionado al disponer de manera intempestiva su traslado del cargo de Juez 36 de Instrucción Penal Militar con sede en la ciudad de Cúcuta al cargo de Juez 48 de Instrucción Penal Militar en Tame, desconoce: (i) su derecho a la vida y a la salud, dado que el sitio al cual fue trasladada no cuenta con servicios médicos de tercer nivel indispensables para el tratamiento de la hipertensión arterial que padece desde 1996, que le han causado dos preinfartos, arritmia cardiaca y angina de pecho, que requiere de medicación y control médico especializado permanente; (ii) su condición de madre cabeza de familia, que ostenta en virtud de la enfermedad psiquiátrica de su cónyuge y la dependencia económica y afectiva de sus dos hijos estudiantes universitarios; (iii) su derecho a la familia y a la unidad familiar, en tanto que su esposo y sus dos hijos quedarían desprotegidos emocionalmente por ser el eje principal del hogar, afectando la convivencia y armonía, pues la distancia, las razones de orden público de la zona y los altos costos de los

pasajes le impedirían visitarlos con una adecuada frecuencia; y (iv) su derecho al trabajo pues el traslado tendría incidencia en su desempeño laboral, le impediría trabajar de manera efectiva, ya que no tendría la concentración necesaria a sabiendas de que su núcleo familiar se encuentra desprotegido, además de que el lugar le brinda unas condiciones menos favorables en su vida familiar y social.

La entidad accionada argumenta que no ha existido vulneración de los derechos fundamentales invocados por la actora en tanto que la decisión de trasladarla se encuentra ajustada a la legalidad si se tiene en cuenta que la planta de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional de la cual hace parte la Justicia Penal Militar es de tipo global y flexible y se distribuye según las necesidades del servicio y con el fin de permitir la rotación de personal que favorezca la igualdad de condiciones frente a aquellos que llevan tiempo en las zonas de orden público. Adicionalmente estima que los funcionarios que conforman la justicia especial, se encuentran sometidos a disponibilidad permanente que incluye cambios y rotaciones de despachos judiciales y funcionarios para dar respuesta a las necesidades de la administración de justicia, circunstancia que es de previo conocimiento del funcionario. Precisa que sus decisiones son de obligatorio cumplimiento, sin que las razones de índole familiar o personal se puedan anteponer a las necesidades del servicio.

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta en primera instancia concedió el amparo solicitado, al considerar que el traslado fue arbitrario e intempestivo y se efectuó sin tener en cuenta las condiciones de salud y familiares de la accionante, toda vez que en el sitio al cual fue trasladada no es posible brindarle la atención de tercer nivel que requiere para el tratamiento de la patología que padece. Adicionalmente encontró el fallador probado el quebrantamiento de la unidad familiar por su condición de madre cabeza de familia ante la enfermedad mental que afecta al cónyuge, quien no se considera persona idónea para encargarse del cuidado de sus dos hijos estudiantes universitarios por la ausencia de su progenitora.

Al impugnar la decisión el Ministerio accionado estima que el dictamen de medicina legal que obra en el expediente, no es suficiente para determinar el estado de salud de la accionante y su cónyuge puesto que no se sustentó en una verdadera valoración médica especializada y actualizada, sino en hechos acaecidos en años anteriores según lo registrado en la historia clínica. De la misma forma estima que las afecciones cardíacas de la actora pueden ser

controlables con medicamentos, alimentación y un tratamiento adecuado y por tanto su derecho a la vida y a la salud no se encuentra en riesgo ni sufre un inminente peligro.

Por su parte la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, revoca el fallo al considerar que: (i) la accionante cuenta con otras vías judiciales diferentes a la acción de tutela para la protección de los derechos que considera vulnerados con la decisión del traslado; (ii) no se acreditó que el cambio de ubicación laboral conlleve un peligro inminente para la salud de la actora o que para el manejo de su enfermedad se requiera una institución de tercer nivel, puesto que en su criterio su salud es estable y ha sido controlada con la medicación prescrita y; (iii) el examen practicado por Medicina Legal no se basó en una valoración actual, al igual que en lo relacionado con la salud de su cónyuge quien en su concepto no está impedido para desplazarse junto con ella al lugar del traslado.

De conformidad con la situación fáctica planteada, le corresponde a la Sala de Revisión, determinar si en el presente caso el Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar demandados vulneraron los derechos fundamentales invocados por la actora y los de su núcleo familiar, al ordenar su traslado del lugar donde venía prestando sus servicios.

Para el efecto, (i) se reiterará la jurisprudencia relacionada con el ius variandi y sus límites constitucionales; (ii) se abordará el tema relacionado con la facultad de traslado y el sistema de Planta de personal global y flexible en el régimen especial del Ministerio de Defensa Nacional; (iii) se tratará el tema relativo a la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir el traslado de un servidor público y por último, (iv) se procederá al estudio del caso concreto a fin de establecer si bajo las anteriores consideraciones, era procedente la acción y la protección solicitada.

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación⁵, una de las manifestaciones del poder de subordinación que ejerce el empleador sobre sus empleados se ha denominado el ius variandi, que 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. Esta potestad no es absoluta, puesto que está limitada por los derechos fundamentales de los trabajadores y los principios y valores constitucionales, específicamente, el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y los principios

consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política.

También ha considerado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que la facultad del empleador para modificar las condiciones laborales de sus trabajadores debe desarrollarse consultando, entre otros aspectos, las circunstancias que afectan al trabajador, la situación familiar, su estado de salud y el de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, el comportamiento que ha venido observando y el rendimiento demostrado⁶. Así, frente al ejercicio del ius variandi, en cada caso particular el empleador tiene la carga de observar el conjunto de estos elementos y tomar una decisión que los consulte de forma adecuada y coherente, sin desconocer el trato digno que el patrono debe a sus trabajadores.

De igual manera ha sostenido esta Corporación, que la naturaleza pública o privada del empleador no constituye, por si 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 de derecho privado.

Una de las expresiones más usadas en el ejercicio del ius variandi está en la facultad del empleador para ordenar traslados, bien en cuanto al reparto funcional de competencias, o bien en cuanto al factor territorial en donde se tiene en cuenta la sede o lugar de trabajo. Frente al 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, siempre y cuando se respeten los derechos objetivos del trabajador a conservar las condiciones del empleo.

Esta Corporación en varias de sus sentencias⁷ se ha pronunciado acerca de las finalidades y límites que conlleva el acto de trasladar a un trabajador del sector público. Es así como ha considerado que el ius variandi, procede por motivos razonables y justos; en su ejercicio deberá preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y la seguridad del trabajador; y, el uso de la discrecionalidad que la ley confiere al patrono, bien sea privado u oficial, debe ser razonable, lo que significa que la potestad no puede ser ejercida de manera arbitraria e intempestiva, sino respetando los derechos fundamentales de los trabajadores y de los integrantes de su núcleo familiar, tales como la vida, la salud o la

integridad personal.

De ahí, que las razones del buen servicio público que tenga la Administración, priman sobre las subjetivas que oponga el empleado trasladado, ya que el cumplimiento de las obligaciones del Estado no puede estar condicionado o sometido a los intereses personales de cada uno de sus servidores, pues así, la movilidad geográfica en la función pública sería absolutamente imposible. Con todo, la facultad discrecional de variación o modificación de las condiciones de trabajo que le asiste al empleador público no es absoluta, por cuanto dadas las repercusiones y trascendencia que tiene para el trabajador en aspectos familiares, sociales, culturales y hasta económicos, el acto administrativo de traslado debe sujetarse a los postulados consagrados en la Constitución, respetando las garantías de estabilidad tanto laboral como personal del trabajador.⁸

4. La facultad de traslado y el sistema de Planta de personal global y flexible en el régimen especial del Ministerio de Defensa Nacional

4.1. El traslado, ha sido definido por la Jurisprudencia Constitucional como un acto del nominador o de quien éste haya delegado, por el cual se transfiere a un servidor público, a un empleo vacante en forma definitiva con funciones y requisitos iguales o similares y condiciones salariales iguales a otras dependencias o cuando la administración autoriza el intercambio de empleados que desempeñen cargos con funciones afines o complementarias y para los cuales se exijan requisitos mínimos iguales o similares para su desempeño. Esta situación administrativa de un empleado, encuentra su fundamento en las facultades constitucionales de que dispone la administración para satisfacer el interés general.⁹

El Decreto 1792 de 2000¹⁰, que se aplica entre otros, a los servidores públicos civiles del Ministerio de Defensa Nacional y a aquellos que desempeñen cargos en la Justicia Penal Militar¹¹, regula dentro de las disposiciones propias de la administración de personal, la figura del traslado en los siguientes términos:

ARTICULO 53. TRASLADO. Es el acto del nominador o de quien éste haya delegado, por el cual se transfiere a un servidor público, a un empleo vacante en forma definitiva con funciones y requisitos iguales o similares y condiciones salariales iguales a otras dependencias, estando el empleado obligado a cumplirlo. // Así mismo, hay traslado cuando la administración autoriza el intercambio de empleados que desempeñen cargos con

funciones afines o complementarias y para los cuales se exijan requisitos mínimos iguales o similares para su desempeño. // En uno u otro caso, este acto deberá cumplirse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, previa entrega del cargo.

Esta norma fue demandada y analizada ante la Corte Constitucional y mediante Sentencia C-096 de 2007¹², se declaró EXEQUIBLE, en el entendido que el acto de traslado sólo será obligatorio cuando quede en firme. La Corte precisó, que si bien el acto administrativo de traslado es un acto de carácter particular que crea, modifica o extingue una situación jurídica, no existe duda alguna que éste puede ser controvertido en vía gubernativa a través de los recursos previsto en el Código Contencioso Administrativo, que se concederán en el efecto suspensivo, con lo cual el acto queda en firme hasta el momento en que sean resueltos. Sobre este aspecto anotó la Corporación:

“Quiere ello decir que, si una vez notificado el funcionario de su traslado estima que con él se le están vulnerando sus derechos fundamentales o los de su núcleo familiar, tiene derecho a interponer los recursos de ley correspondientes en vía gubernativa, los cuales, hasta no ser resueltos, suspenden la ejecución del acto. En otras palabras, el traslado sólo se torna obligatorio pasados diez días hábiles siguientes a su notificación, previa entrega del cargo, a condición de que contra el mismo no hayan sido interpuestos los respectivos recursos legales en vía gubernativa, caso en el cual, el acto administrativo se encuentra suspendido.”

Recientemente se expidió el Decreto 091 de 2007¹³, que regula entre otros asuntos, lo relacionado con el traslado de los servidores públicos del Ministerio de Defensa Nacional, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 34.-TRASLADO.- Es el acto del nominador o de quien éste haya delegado, por el cual se transfiere a un servidor público del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, pertenezca o no al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, a un empleo vacante en forma definitiva con funciones y requisitos iguales o similares y condiciones salariales iguales, a otras dependencias, estando el empleado obligado a cumplirlo. // Así mismo, hay traslado cuando la administración autoriza el intercambio de empleados que desempeñen cargos con funciones afines o complementarias, con igual asignación básica y para los cuales se exijan requisitos mínimos iguales o similares para su desempeño. // En uno u otro caso, el

traslado deberá cumplirse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su comunicación, previa entrega del cargo.”

Así, no obstante que la facultad de traslado puede ser ejercida cuando las necesidades del servicio así lo exijan, el acto administrativo que así lo ordene, debe sujetarse al respeto de los derechos fundamentales del trabajador. En varios de sus pronunciamientos esta Corporación¹⁴ ha afirmado, que el traslado se torna arbitrario solo cuando no obedece a razones del servicio o con esta se desconocen los derechos adquiridos y las condiciones laborales del funcionario.

La orden de traslado es de obligatorio cumplimiento para el funcionario, aunque puede ser controvertida en sede administrativa una vez sean resueltos los recursos que legalmente proceden, en caso de considerarse la vulneración de los derechos con la expedición de dicho acto.

4.2. De acuerdo con el artículo 122 de la Carta Suprema, el empleo público remunerado se ejerce dentro de una planta de personal. Estas tienen diferentes modalidades que se determinan al interior de cada entidad u organismo público; y así, se habla de planta orgánica y de planta global por entidad o planta global del Estado.

Las plantas de carácter global y flexible, facilitan movimiento de personal con miras a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y en virtud de ellas, les asiste a las entidades un mayor grado de discrecionalidad para ordenar las reubicaciones territoriales de trabajadores cuando así lo demande la necesidad del servicio, lo cual no riñe en sí mismo con preceptos superiores. Pero aún, en instituciones como estas los movimientos de personal deben obedecer a los requerimientos del servicio y salvaguardar los derechos fundamentales, que se concretan en la imposibilidad de crear condiciones menos favorables y en el deber de respetar ciertas garantías mínimas para el empleado. Así lo ha reconocido en repetidos pronunciamientos esta Corporación, al decir que:

“Con todo, prima facie no se observa una evidente contradicción entre el establecimiento de las plantas globales y la normativa constitucional. La planta de personal global y flexible tiene por fin garantizarle a la administración pública mayor capacidad de manejo de su planta de funcionarios, con el objeto de atender las cambiantes necesidades del servicio y de cumplir de manera más eficiente con las funciones que le corresponden. Este es, pues, un

punto en el que existe tensión entre el interés general y los deberes del Estado, y los derechos de los trabajadores. Sin embargo, no es claro que el establecimiento de una planta global afecte el núcleo esencial de la estabilidad y los derechos de los trabajadores, ya que estos siguen gozando de ellos, pero en una forma tal que se armonizan con el interés de elevar la eficiencia de la administración”¹⁵

El Ministerio de Defensa Nacional, se rige por el sistema de planta de personal global y flexible¹⁶, consistente en un banco de cargos para todo el territorio nacional, que se distribuyen atendiendo los requerimientos, funciones, planes y programas de las distintas dependencias del Ministerio y especialmente en consideración a las necesidades del servicio.

En atención a los presupuestos que para el ejercicio de la acción de tutela establece el artículo 86 de la Constitución Política, la Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que ésta no es la vía para discutir un acto administrativo, pues el mecanismo ordinario para el efecto, está en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, que cuenta además con la posibilidad de suspenderlos provisionalmente desde el inicio de la actuación, so pena de desbordarse el ámbito de competencias dispuesto en el ordenamiento supremo.

No obstante, esta Corporación¹⁷ ha reconocido que en casos de traslados, de manera excepcional y en ciertas situaciones concretas, el juez de tutela puede intervenir con el fin de amparar los derechos fundamentales, cuando se amenace de manera grave la situación del trabajador o de su núcleo familiar, porque: “ (i) el traslado tenga como consecuencia necesaria la afectación de la salud del servidor público o de alguno de los miembros de su núcleo familiar, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido; (ii) cuando la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tiene como consecuencia necesaria la ruptura del núcleo familiar, siempre que no suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables; (iii) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia. En los anteriores eventos, la Corte ha enfatizado que no toda implicación de orden familiar y económico del trabajador causada por el traslado, tiene relevancia constitucional y amerita la procedencia del amparo transitorio. Las circunstancias concretas deben revestir

particular gravedad, de manera tal que sea necesario el concurso del juez constitucional para conjurar un perjuicio irremediable”.

Así mismo, la Corte ha advertido que al ser mayor el grado de discrecionalidad para traslados en algunas instituciones, es más restringida la posibilidad de control del juez constitucional sobre los actos que dispongan la reubicación, pues ello será de acuerdo con la naturaleza de la entidad y el tipo de funciones que desarrolla¹⁸.

6. Del caso concreto

De acuerdo con los hechos expuestos y a la luz de los requisitos trazados por la jurisprudencia de esta Corporación, la Sala encuentra que el Ministerio de Defensa Nacional vulneró los derechos fundamentales alegados por la accionante al ordenar su traslado como Juez 48 de Instrucción Penal Militar de Tame – Arauca, sin tener en cuenta las repercusiones y trascendencia que el acto discrecional del traslado tenía en los aspectos personales, familiares, sociales y económicos que rodean a la accionante y su grupo familiar.

En efecto, revisados los documentos obrantes en el expediente, la Sala entiende acreditada la afección de salud de la accionante, la falta de condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido en el municipio de Tame al que fue trasladada, la afección mental que padece su cónyuge, la calidad de estudiantes universitarios de sus dos jóvenes hijos, su condición de madre cabeza de familia y el resquebrajamiento de la unidad familiar, alegados por la señora Martha Elena Jáuregui Escalante en su demanda y que constituyen el fundamento de la vulneración de los derechos que considera vulnerados por el Ministerio de Defensa Nacional.

Respecto de la enfermedad cardíaca que afecta a la accionante, se tiene que según la historia clínica, desde el año 1996 fue diagnosticada por los médicos tratantes con angina inestable, síndrome coronario e hipertensión arterial – HTA severa fase II¹⁹. Se encuentra bajo tratamiento con medicamentos Betaloc, Norvas Y Cozaar²⁰ y viene siendo sometida a controles permanentes por los médicos de la Dirección General de Sanidad Militar del Ejército Militar en la ciudad de Cúcuta.

Obra en el expediente concepto médico, de fecha 14 de marzo de 2007, suscrito por el Coordinador de Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional en la que

consta lo siguiente en relación con el estado de salud de la accionante: "...diagnóstico principal hipertensión arterial en tratamiento con antihipertensivos como coozar x 50 MG metoprolol zok x 50 MG norvas x y MG practicándosele diferentes pruebas como cateterismo cardiaco y renal en el año 1999 el cual reportó dentro de los límites normales, prueba de esfuerzo indeterminada no alcanzando el 85% de su frecuencia máxima no hubo arritmias respuesta opresora normal el último control por especialista (cardiología) reportó examen físico dentro de los límites normales quedando como diagnóstico principal hipertensión arterial controlada."21

De la misma forma se encuentra el resultado del estudio gamagráfico22, que se le practicó el 27 de marzo de 2007, en el que se consignó la siguiente opinión: "...DEMUESTRA SIGNOS DE ISQUEMIA QUE COMPROMETEN A LA PARED ANTERIOR EN SU SEGMENTO MEDIO Y BASAL. // 2. FRACCIÓN DE EYECCIÓN DEL VENTRICULO IZQUIERDO EN EL RANGO NORMAL." 23

Adicionalmente reposa el concepto médico rendido el 28 de marzo de 2007, por el Director de Sanidad del Ejército a petición de la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, en los siguientes términos: "...se trata de una paciente con diagnóstico de "HIPERTENSION ARTERIAL MODERADA, en tratamiento médico con antecedente de isquemia subepicardica y angina de pecho. // Actualmente presenta una prueba de esfuerzo indeterminada para isquemia que no alcanza el 85% de su frecuencia cardiaca máxima. Si bien es cierto que la prueba de esfuerzo practicada a la paciente no diagnosticó isquemia coronaria, es importante advertir que con una hipertensión arterial moderada las complicaciones o riesgos no son previsibles. //En virtud de lo anterior, la paciente requiere controles periódicos por el servicio de cardiología y medicina interna, es decir cada tres (3) a seis (6) meses, especialidades consideradas de III nivel de atención." 24

Dentro de las pruebas practicadas por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta en primera instancia, se allegó el Oficio de fecha 14 de marzo de 2007, en el que el Secretario General y Desarrollo Comunitario de la Alcaldía del Municipio de Tame 25, afirma que el lugar de traslado solamente cuenta con el Hospital San Antonio de Tame, la Clínica Metropolitana del Llano que son de baja complejidad y 2 IPS privadas que prestan servicio de consulta externa, laboratorio y droguería, con lo cual se evidencia que el municipio no cuenta con instituciones de salud para atender las especialidades de III nivel requerido para el tratamiento de la enfermedad que padece la accionante.

En cuanto a la enfermedad que aqueja a su cónyuge el señor Ciro Alfonso Parra Blanco, se tiene que de acuerdo con fotocopia de la historia clínica de la Clínica Psicoterapéutica de Nuestra Señora del Carmen de Cúcuta, estuvo hospitalizado desde el 18 de agosto de 1993 hasta el 17 de noviembre de 1993, por cuadro depresivo²⁶.

El 6 de marzo de 2007, fue atendido por el Doctor José Alexander Bermúdez Pineda, Neurólogo, quien le solicitó practicar un test neuropsiquiátrico por “S. depresivo //Episodios obsesivos compulsivos // crisis de pánico // s. convulsivo secundario...”²⁷, y le formuló los medicamentos Tegretol, Fluoxetine y Enalapril.²⁸

También obra dentro del expediente el Informe Técnico de fecha 13 de marzo de 2007, rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal²⁹ en relación con el estado de salud de la accionante y su esposo así:

“Después de haber revisado historia clínica aportada por la paciente qse (sic) llega a la conclusión Que la paciente Martha Elena Jáuregui Escalante presenta:

Hipertensión arterial severa Fase II

Evento Coronario a estudio

Hiperlipidemia.

Miomatosis uterina la cual se le realizó histerectomía mas ooforectomía blateral (sic)

Actualmente tomando: Betaloc zock, Norvas, Cozaar.

Paciente que debe recibir atención médica en IPS de tercer nivel ya que su patología de base así lo requiere.

PACIENTE CIRO ALFONSO PARRA BLANCO

Viene presentando:

Síndrome convulsivo focal por calcificación fronto parietal por cisticerco

Síndrome depresivo ansioso y obsesivo compulsivo. Crisis de pánico.

Manejado con tegretol, tapazol, fluoxetina., Ativan, sinogan y anafranil.

En relación con su condición de madre cabeza de familia, reposan en el expediente los siguientes documentos:

- Declaraciones extraprocesales rendidas el 6 y el 1° de marzo de 2007, ante las notarías Tercera y Primera de Cúcuta, por las señoras Nelly Díaz Contreras y Felisa Cruz González, respectivamente, en las que sostienen que la actora responde por todos los gastos del hogar conformado por sus 2 hijos y su cónyuge, quien padece de una enfermedad psiquiátrica hace 14 años.³⁰
- Fotocopia del oficio No.430 de fecha mayo 21 de 2003, mediante el cual la accionante remitió al Coordinador de Justicia Penal Militar la declaración solicitada bajo la gravedad de juramento con el fin de quedar inscrita en el programa denominado “Retén Social”³¹.
- También consta en el expediente que sus hijos Carlos Alberto y Ciro Andrés Parra Jáuregui³², mayores de edad, se encuentran matriculados en las carreras de derecho en la Universidad Libre ³³ e Ingeniería Agroindustrial en la Universidad Francisco de Paula Santander³⁴ de Cúcuta respectivamente.

Del anterior acervo probatorio, se extraen las siguientes conclusiones:

1. De conformidad con la historia clínica de la accionante, los diferentes conceptos emitidos por los médicos tratantes del servicio de sanidad del Ejército y del perito del Instituto de Medicina Legal, ha quedado debidamente acreditado dentro del trámite procesal, que la accionante padece de hipertensión arterial, que aunque se encuentra sometida a tratamiento médico con medicamentos y controles permanentes, los recientes exámenes que se le han practicado, conducen a afirmar que las complicaciones o riesgos que conlleva esta enfermedad no son previsibles, siendo claro el antecedente de angina de pecho, que la frecuencia cardíaca máxima es de 85% y que tiene isquemia cardíaca. Así mismo, se encuentra suficientemente demostrado que la paciente debe recibir atención médica en IPS de tercer nivel ya que su patología de base así lo requiere, y que es claro, que en el Municipio de Tame al cual ha sido trasladada, no existen las condiciones ni la infraestructura necesaria para brindarle el cuidado médico requerido, máxime si los riesgos o complicaciones no son previsibles.

2. También está demostrado el quebrantamiento de salud de su cónyuge, quien padece de síndrome depresivo, razón por la que se encuentra bajo medicación. De acuerdo con el concepto del médico perito del Instituto de Medicina Legal, en casos de crisis debe ser llevado a un centro psiquiátrico especializado, que tampoco se encuentra disponible en el Municipio de Tame. Es evidente igualmente que el aislamiento familiar le resultaría perjudicial para su salud en tanto que como se vio, debe estar sometido a vigilancia permanente y requiere de la cercanía que le brinda el entorno familiar.

3. Contrario a lo afirmado por el Ministerio accionado, en criterio de esta Sala el peritaje practicado por el Instituto de Medicina Legal por orden del Juzgado de primera instancia dentro del trámite de la presente tutela, constituye prueba válidamente practicada por autoridad pública que no fue controvertida por los medios legales, que resulta suficiente para verificar el grado actual de afectación de la salud de la accionante y de su cónyuge.

4. De la misma forma, esta demostrada su condición de mujer cabeza de familia, debido a que la enfermedad que padece su cónyuge lo incapacita para trabajar y asumir las cargas económicas, morales y afectivas del hogar, en especial las relacionadas con el cuidado de sus dos jóvenes hijos, quienes dada su condición de estudiantes universitarios matriculados en esa ciudad, no pueden valerse por sí solos ni tampoco pueden ausentarse de la ciudad de Cúcuta en compañía de su progenitora. Así entonces, es solo ella quien se encuentra en capacidad de prodigarles los cuidados y el sustento que requieren.

5. Es evidente entonces, que ante estas circunstancias familiares y personales de la accionante, la separación física o distanciamiento ocasionada por el traslado, constituye una forzada e ilegítima ruptura de los vínculos familiares como consecuencia del cambio de lugar de trabajo de la accionante, pues ocasiona una separación física de sus hijos estudiantes universitarios y de su cónyuge incapacitado quienes se encuentran en imposibilidad de trasladarse a vivir con ella.

6. Así mismo, se destaca que si bien la decisión de traslado se encuentra fundada en serias políticas de igualdad de derechos entre los servidores³⁵, en razones de movilidad territorial, en la planta de personal global y flexible, en la disponibilidad permanente por razones del servicio que deben tener sus servidores y que sin duda caracteriza los empleos de la Justicia Penal Militar, la Sala considera que la orden se torna intempestiva y arbitraria en tanto que el

Ministerio accionado no podía válidamente desconocer las especiales condiciones personales y familiares de la actora, las cuales, además de ser suficientemente conocidas por el Ministerio accionado³⁶, la hacían merecedora de un trato excepcional.

Por lo anteriormente expuesto, en el presente caso para la Sala es claro que el Ministerio de Defensa Nacional vulneró los derechos fundamentales invocados por la actora al haber adoptado la decisión de traslado sin tener en cuenta las circunstancias particulares de la actora, concretamente, su estado de salud y su condición de mujer cabeza de familia en virtud del estado de salud de su cónyuge y la condición de estudiantes universitario de sus dos hijos. En consecuencia, esta Sala de Revisión confirmará el fallo proferido por la Sala – Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, que tuteló los derechos a la salud en conexidad con la vida y la unidad familiar de la accionante y revocará la decisión proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la Sentencia proferida el 18 de mayo de 2007 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y, en su lugar, CONFIRMAR la Sentencia del 22 de marzo de 2007 dictada por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, dentro del proceso de tutela promovido por Martha Elena Jáuregui Escalante contra el Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar.

Segundo: Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 A folio 298 del expediente reposa copia de la Resolución No.000077 de marzo 14 de 2007, mediante la cual la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, ordenó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución de traslado.

2 Según constancia secretarial obrante a folio 8 vuelto del cuaderno de revisión.

3 Folio 3 ibídem.

4 Folio 14 ibídem.

5 Ver entre otras las sentencias T-407 de 1992, T-532, T-584, T-707 de 1998, T-503 de 1999, T-1571 de 2000, T-077, T-346, T-704, T-1041 de 2001, T-026 de 2002, T-256 de 2003 y T-165 de 2004, T-797 de 2005, T-065 de 2007 y T-305 de 2007.

6 Ver Sentencias T-483 de 1993, T-503 de 1999, T-1156 de 2004 y T-797 de 2005.

7 Ver Sentencias T- 016 de 1995, T-288 de 1998, T-165 de 2004, T-909 de 2004.

8 Ver sentencia T-770 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

9 Ver Sentencia C-096 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

10 El Decreto 1792 de 2000 “Por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial”, derogó el Decreto 1214 de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto y régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional”, que regulaba la administración del personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, la Policía Nacional y la Justicia Penal Militar. Éste Decreto estipulaba la facultad de traslado del personal civil en los siguientes términos: “ARTICULO 23. TRASLADO. Es el acto de autoridad militar o policial competente, por el cual se transfiere el personal civil a una nueva unidad, dependencia o repartición del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional, a fin de que preste sus servicios en ella, estando obligado a cumplirlo”.

11 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del Decreto 1792 de 2000, los empleados civiles que desempeñen cargos en la Justicia Penal Militar se regirán por lo dispuesto por la mencionada norma. El artículo 109 del Decreto dispone lo siguiente: “ARTICULO 109. EMPLEADOS DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR. Los empleados civiles del Ministerio que desempeñen cargos en las diferentes instancias y despachos de la Justicia Penal Militar, que puedan ser desempeñados por civiles, se regirán por lo dispuesto en el presente Decreto. // Los requisitos para el desempeño de cargos que, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política y el Código Penal Militar, puedan ser ocupados por personal civil serán los mismos exigidos cuando tales cargos sean desempeñados por miembros de la Fuerza Pública, en lo pertinente. //PARAGRAFO. Para los efectos del presente artículo se entiende por civiles, quienes no sean miembros de la Fuerza Pública o se encuentren en uso de buen retiro”

13 El Decreto 091 de 2007 “Por el cual se regula el Sistema Especial de carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal”, dejó vigentes las normas especiales consagradas en el decreto 1792 de 2000 y en las disposiciones legales especiales de las entidades del Sector Defensa y derogó las disposiciones que le sean contrarias.

14 Sentencia T-264 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

15 Sentencia T- 443 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

16 Artículo 10 del Decreto 1792 de 2000 y artículo 32 del Decreto 091 de 2007.

17 Ver entre otras la sentencias T- 264 de 2005, MP Jaime Araujo Rentería y T-770 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, ya citadas.

18 Ver sentencia T-715 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

19 Ver folios 34, 43, 91 y 100 del expediente.

20 Ver folio 40 del expediente.

21 Ver folio 300 del expediente

22 Ver folio 13 del cuaderno 2 del expediente.

23 La isquemia cardiaca ha sido definida como: “una enfermedad en la que se produce una disminución del flujo de sangre rica en oxígeno a una parte del organismo. La isquemia cardiaca es un aporte deficiente de sangre y oxígeno al músculo cardíaco.// Se produce una isquemia cardíaca cuando una arteria se estrecha u obstruye momentáneamente, impidiendo que llegue al corazón sangre rica en oxígeno. Si la isquemia es grave o dura demasiado tiempo, puede dar lugar a un ataque al corazón (infarto de miocardio) y la muerte de tejido cardíaco. En la mayoría de los casos, una interrupción momentánea del flujo de sangre al corazón causa el dolor de la angina de pecho. Pero en algunos casos no se produce dolor. Esto se denomina «isquemia silenciosa». //La isquemia silenciosa (o asintomática) también puede alterar el ritmo cardíaco. Los ritmos anormales, tales como los que se producen en la taquicardia ventricular o la fibrilación ventricular, pueden afectar a la capacidad de bombeo del corazón y causar desmayos o incluso muerte súbita cardíaca”.Tomado de la página web www.texasheartinstitute.org/HIC/Topics_Esp/Cond/silen_sp.cfm.

24 Ver folio 22 del cuaderno 2 del expediente.

25 Ver folio 198 del expediente.

26 Ver folio 105 del expediente. Esta enfermedad se caracteriza por presentar: “... síntomas de depresión suficientemente profunda como para afectar seriamente las relaciones interpersonales y el trabajo. Este desorden puede aparecer por primera vez en la adolescencia o adultez temprana...” En relación con el pronóstico de la enfermedad, se afirma que: “Con un tratamiento continuo se pueden esperar resultados favorables. Algunas

personas pueden verse afectadas por este trastorno durante toda la vida”. Tomado de la página Web www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001532.htm.

27 Ver folio 141 del expediente.

28 Ver folio 142 del expediente.

29 Ver folio 277 del expediente.

30 Ver folios 17 y 18 del expediente.

31 Ver folio 152 del expediente.

32 Ver folios 145 y 146 del expedientes.

33 Ver folio 148 del expediente.

34 Ver folio 149 del expediente.

35 Ver Directiva Permanente 01 del 4 de enero de 2002, del Ministro de Defensa Nacional. fl 301.

36 Además de la evolución que ha tenido la enfermedad de la accionante registrada en la historia clínica del servicio de sanidad de la institución desde el año 1996, a la cual ya se hizo referencia en esta sentencia, en su hoja de vida, a folios 369 y 370 del expediente, se encuentra registrada la enfermedad de HTA que ha padecido durante la prestación del servicio. De la misma forma a folio 152 del expediente, reposa fotocopia del oficio No.430 de mayo 21 de 2003, mediante el cual la accionante remitió al Coordinador de Justicia Penal Militar, en respuesta a su solicitud, la declaración rendida bajo la gravedad de juramento, con el fin de quedar inscrita en el programa denominado “Retén Social”.