

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA TRASLADO DE SERVIDOR PUBLICO-Procedencia excepcional

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.

EJERCICIO DEL IUS VARIANDI Y SUS LIMITES CONSTITUCIONALES EN CASOS DE TRASLADO DE DOCENTES

La Corte Constitucional, 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. Tratándose del servicio público de la educación, la Constitución Política dispone en sus artículos 365 y 366 la obligación que tiene el Estado de organizar y garantizar su prestación en forma eficiente a todos los habitantes del territorio nacional y de suplir las necesidades que existan. Por ésta razón, el ejercicio del ius variandi se encuentra limitado por el deber del Estado de la debida prestación del servicio. En ese sentido, con el fin de organizar la planta global de personal y garantizar el cumplimiento en la prestación del servicio público de educación, se expidió la Ley 715 de 2001, que reguló lo concerniente a los traslados de los docentes o de su personal directivo docente. frente al ejercicio del ius variandi, en cada caso particular, para realizar traslados de docentes o de personal administrativo, la administración tiene la carga de observar que las decisiones sean razonables o proporcionales y que observen los siguientes requisitos: (i) que respondan a necesidades reales del servicio de educación (condición objetiva) y (ii) que atiendan las necesidades personales del docente, cuando el traslado

comprometa derechos fundamentales del trabajador o de su familia de forma grave (condición subjetiva).

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Reiteración de jurisprudencia

La Corte ha señalado que los niños, las niñas y los adolescentes necesitan para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares y que el carecer de los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y su desarrollo integral vulnera sus derechos fundamentales. Por ello, ha sostenido que solo razones muy poderosas, como ya se indicó, ya sea por una norma jurídica, por decisión judicial o por orden de un defensor o comisario de familia, se pueden afectar la unidad familiar. En consecuencia, la procedencia de la tutela en caso de generarse una separación familiar con ocasión de un traslado laboral, está supeditada, como ya se indicó inicialmente, a que aparezcan probadas afectaciones graves a los derechos fundamentales de los empleados, de los niños, las niñas y los adolescentes o de las personas que dependen de ellos; por ello es conveniente, que cada caso en particular sea analizado con prudencia, razonabilidad y debidamente motivado de manera que no sean afectados sus derechos fundamentales.

MUJER CABEZA DE FAMILIA-Concepto y medidas de protección

El vínculo familiar puede estar conformado por una madre soltera y su hijo o hija, e incluso por un padre y sus descendientes, igualmente se puede dar entre hermanos, hermanas, primos, nietos y abuelos. Por su parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido la especial situación en la que se encuentran las mujeres cuando tienen su rol de madres cabeza de familia y la necesidad de una protección que les ofrezca una forma de hacer más llevadera la difícil tarea de asumir en forma solitaria las riendas del hogar. Las mujeres que tienen bajo su cargo en forma permanente la responsabilidad de hijos menores propios o ajenos y de otras personas incapacitadas para trabajar y, que dependan de ella, tanto afectiva como económicamente, gozan de especial protección constitucional.

TRASLADO LABORAL DE DOCENTE-Vulneración al no analizar situación particular respecto a condición familiar y laboral de madre cabeza de familia con hijos adolescentes

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE DOCENTE-Orden a la Secretaría de Educación reubique

provisionalmente a la accionante en una institución educativa cercana a su residencia

Referencia: expediente T-3.274.071

Acción de Tutela instaurada por la señora Imilce María Córdoba Cuesta contra la Administración Temporal para el Sector Educativo del Departamento del Chocó.

Magistrado Ponente:

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil doce (2012)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – quien la preside –, Humberto Antonio Sierra Porto 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 la revisión del fallo de tutela adoptado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala Única- de Quibdó, Chocó, el 2 de septiembre de 2011, que confirma la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Distrito Judicial de Quibdó, Chocó, del 15 de julio de 2011, que negó el amparo solicitado por la señora Imilce María Córdoba Cuesta.

1. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD DE LA TUTELA

La señora Imilce María Córdoba Cuesta, a nombre propio y de sus hijos menores de 18 años, Beatriz Helena y Jaime Gabriel García Córdoba, solicita que se le tutelen sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, de los niños, la unidad familiar, al

trabajo en condiciones dignas y al debido proceso y, por consiguiente, se le traslade a otra institución educativa cercana al área de su residencia.

1. HECHOS Y RAZONES DE LA TUTELA

1. La señora Imilce María Córdoba Cuesta fue nombrada en el mes de marzo de 2008, como Técnico Administrativo de la Secretaría de Educación del Departamento del Chocó, asignada a la Oficina de Calidad de la Educación.

1. Manifiesta que la Administración Temporal para el Sector Educativo del Chocó, mediante Resolución 009202 del 24 de noviembre de 2010, la trasladó a la entidad educativa Normal Superior La Inmaculada del corregimiento La Italia del municipio de San José del Palmar, alegando necesidad del servicio, sin que pudiera ejercer su derecho de contradicción y defensa.

1. Señala que no obstante lo anterior, presentó recurso de reposición dentro del término legal, informando que es madre cabeza de familia y que el traslado afectaría los derechos fundamentales de sus hijos al libre desarrollo de la personalidad y a la unidad familiar.

1. Informa que acatando la orden de traslado, se presentó al centro educativo el día 2 de diciembre de 2010, donde el Rector del plantel le informó que para el cargo se requería una persona con conocimientos contables, ante lo cual le aclaró que ella era Técnico Administrativo, de profesión abogada y que el cargo que ejercía en la Oficina de Calidad de la Secretaría de Educación Departamental, era de Secretaria.

1. Indica que para llegar a la Institución Educativa Normal Superior la Inmaculada ubicada en el corregimiento La Italia del Municipio de San José del Palmar, hay que tomar un bus desde Quibdó a Cartago en el Valle del Cauca durante 8 horas y, luego un bus escalera al día siguiente durante seis 6 horas más, por lo que sólo puede visitar a sus hijos en semana santa y las vacaciones de julio y diciembre, situación que pone en riesgo la estabilidad y unidad de su familia, afectándolos psicológica y emocionalmente, al punto de que su hija quedó en estado de embarazo, con alto riesgo para su vida y el niño por su corta edad.

1. Sostiene que sus hijos no cuentan con el acompañamiento y cuidados del padre, por cuanto él permanece todo el tiempo en Bogotá y no responde por el hogar.

1. Asegura que a ésta situación se le suma el hecho de que fue desmejorada laboralmente, generándole sobre costos económicos, al ubicarla en un sitio con menores condiciones de calidad de vida respecto de aquel donde se encontraba, por lo que solicitó ser trasladada a un sitio cercano a su residencia que le permita estar con sus hijos por lo menos los fines de semana.

1. Concluye que su petición ha sido negada con el argumento de que no hay plazas, lo cual considera que no es cierto, dado que en el Colegio de las Ánimas requieren personal administrativo y, de hecho, se han realizado traslados a otras instituciones cercanas a Quibdó.

1. PRUEBAS DOCUMENTALES

Se aportaron las siguientes pruebas documentales:

1. Copia de la Resolución 002902 del 24 de noviembre de 2010, expedida por la Secretaría de Educación Departamental del Chocó, Administración Temporal para el Sector Educativo,

en la cual se dispone por necesidad del servicio el traslado de la señora Imilce María Córdoba Cuesta, en su calidad de Técnico Administrativo, a la Institución Educativa Escuela Normal Superior La Inmaculada, ubicada en La Italia, corregimiento del municipio de San José del Palmar.

1. Copia de la comunicación de traslado del día 24 de noviembre de 2010, remitida por el Coordinador de Recursos Humanos de la Administración Temporal para el Sector Educativo.

1. Copia del recurso de reposición presentado por la señora Imilce María Córdoba Cuesta, el día 30 de noviembre de 2010, donde solicita la revocatoria del acto administrativo que le ordena el traslado.

1. Copia del oficio de fecha 3 de diciembre de 2010, mediante el cual el Director de la I.E. Escuela Normal Superior La Inmaculada, le informa al Coordinador de Recursos Humanos de la Administración Temporal para el Sector Educativo, que el cargo que solicitó era de una persona con conocimientos contables.

1. Certificado médico de la IPS Confir donde consta que Beatriz Elena García Córdoba cuenta con 25 semanas de embarazo.

1. Copia del registro de nacimiento de Beatriz Elena García Córdoba, en donde consta que nació el 24 de noviembre de 1993.

1. Copia del registro de nacimiento de Jaime Gabriel García Córdoba, en donde consta que

nació el 28 de junio de 1995.

1. TRÁMITES PROCESALES

El Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Distrito Judicial de Quibdó – Chocó, admitió la solicitud el día 30 de junio de 2011, para lo cual requirió a la Secretaría del Departamento del Chocó Administración Temporal para el Sector Educativo, para que se pronunciara sobre los hechos.

1. Mediante escrito del 5 de julio de 2011, la Secretaría del Departamento del Chocó Administración Temporal para el Sector Educativo, informó que la señora Córdoba fue trasladada como funcionaria administrativa mediante Resolución 002902 del 24 de noviembre de 2010, a la IE Normal Superior La Inmaculada, ubicada en el corregimiento La Italia del municipio de San José del Palmar, en ejercicio de las facultades del ente administrador para realizar los traslados de docentes y/o administrativos de conformidad con el Decreto 520 del 17 de febrero de 2010, teniendo en cuenta la necesidad del servicio.

Recordó que el sector educativo en el Chocó se encuentra ante una situación de excepción por la adopción de la medida cautelar y correctiva de la Asunción Temporal de la Administración por parte del Ministerio de Educación Nacional, uno de sus objetivos es precisamente la distribución de la planta de cargos docentes y administrativos, teniendo en cuenta la población escolar de cada una de las IE.

Sobre ello hizo referencia al documento CONPES No. 124 de 6 de julio de 2009, “por el cual se recomendó la adopción de la medida cautelar correctiva de Asunción Temporal de la competencia de la prestación del servicio educativo en el Departamento del Chocó” donde se estableció que: “La distribución de la planta no se ajustaba a los parámetros establecidos en los Decretos 3020 y 1850 de 2002”, dado que presentaba “... una alta concentración de funcionarios en Quibdó, en sus municipios cercanos y en las cabeceras municipales lo que contrasta con el déficit en los lugares apartados de la zona rural dentro del departamento,

con un número importante de sedes educativas cerradas por falta de éstos.”

Agregó que ante el diagnóstico anterior, el Ministerio de Educación Nacional, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 715 de 2001, decidió aplicar el “Sistema de Control de la Educación en el Departamento”, expidiendo para tal efecto la Resolución 596 del 13 de febrero de 2006, que ordenó a las autoridades departamentales la adopción de medidas, entre otras, la de administrar la planta de personal y distribuir su totalidad por municipio y zona urbana y rural.

Concluyó en su escrito de descargo, que no se encuentran vulnerados los derechos fundamentales que invoca la demandante, por cuanto, en lo relacionado a sus hijos, éstos se encuentran en una edad (16 y 17 años) en la que ya tienen definidos sus principios y valores por lo que ya pueden ayudar a sus padres. Agregó que en lo referente a la unidad familiar, no se evidencia vulneración de los derechos, porque con los ingresos económicos que recibe como funcionaria de la Secretaría de Educación del Chocó, le brinda bienestar a su familia; sostuvo que el trabajo del docente implica sacrificio y entrega para realizar su labor donde sea requerido y que ante los derechos de la accionante y de sus menores hijos, están los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que necesitan educación y para lo cual, la señora Córdoba “... asumió el compromiso como funcionaria al servicio de la educación superior”.

Respecto al derecho al trabajo en condiciones dignas, manifestó que el trabajo de la actora está ubicado en un lugar donde la población infantil se encuentra desprotegida “... donde la única presencia del Estado son los maestros y o funcionarios asignados”.

Frente al debido proceso, indicó que el traslado se realizó en cumplimiento a las normas que rigen la materia. Ante lo anterior, argumentó que no toda implicación de orden familiar y económico del trabajador causada por el traslado, tiene relevancia constitucional y amerita la procedencia del amparo, y que existen otras instancias judiciales que resultan procedentes para el caso, por ello solicita se declare improcedente la solicitud impetrada.

1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Distrito Judicial de Quibdó – Chocó, mediante fallo del 15 de julio de 2011, negó el amparo solicitado, por cuanto consideró que los derechos fundamentales de la accionante no fueron vulnerados con ocasión del traslado. Agregó que, frente a su hija Beatriz Elena de 17 años de edad, si bien es cierto cuenta, según certificación médica, con 25 semanas de embarazo y está en estado anémico, no está demostrado que no está casada o que su pareja no pueda atenderla; y en cuanto a Jaime Gabriel de 16 años, indicó que puede vivir y estudiar cerca al lugar de trabajo de su madre.

De igual forma, sostuvo el a-quo que no existe prueba de amenaza o violación grave de los derechos de la accionante o de su núcleo familiar, puesto que “... las circunstancias del traslado son superables ya que no es necesaria la ruptura de su núcleo familiar máxime si se tiene en cuenta la cercanía a la cabecera municipal, o sea, a San José del Palmar, así como del municipio de Cartago”, por lo tanto, argumentó que los hijos pueden vivir en el lugar de trabajo de la madre o cerca de él.

Argumentó que el Estado debe solucionar las necesidades de la población en materia de educación y garantizar su continuidad y, por ello, la administración pública cuenta con amplias facultades para trasladar a sus funcionarios y docentes a los sitios que son requeridos de conformidad con la necesidad del servicio.

Por último, señaló que no se cumplen con los requisitos de procedencia de la tutela, por lo tanto, no procede la solicitud de traslado, para lo cual puede acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa para controvertir la legalidad del acto administrativo.

1. IMPUGNACIÓN

La decisión de primera instancia fue impugnada por la parte demandante a través de apoderado judicial, quien manifestó su inconformismo y se opuso a la decisión de primera instancia, por lo siguiente:

1. Indicó que el acto administrativo por el cual fue trasladada la señora Córdoba se basó en una falsa motivación de necesidad del servicio. Esto por cuanto el rector de la IE Normal Superior La Inmaculada solicitó al Administrador Temporal de la Educación para el

Departamento del Chocó, una “auxiliar contable” para dicha institución, como así lo recalcó en oficio del 3 de diciembre de 2010. Manifestó que el a-quo no analizó esa situación y el hecho de que la accionante es de profesión abogada y no contadora.

1. Agregó que de igual forma el juez de primera instancia no se detuvo a analizar a fondo la afectación y el perjuicio irremediable que el traslado ha significado para la unión familiar, con el argumento de que los hijos pueden vivir con su madre en el sitio de trabajo. Agregó que la decisión no tuvo en cuenta la etapa escolar de los hijos adolescentes, quienes tendrían que abandonar sus estudios en la ciudad de Quibdó para trasladarse al lugar de trabajo de su madre, y tampoco analizó la afectación económica que ello implicaría.

1. Además, consideró que no se tuvo en cuenta el embarazo de la hija, que por su edad y su estado anémico, presenta un alto riesgo para su vida y la del bebe. Para constancia de ello, anexó copia de la Hoja de Evolución expedida por la IPS Confir, en la que se señala el estado anémico de la paciente y recomienda reposo absoluto.

1. Como soporte de su impugnación, anexó dos declaraciones extra proceso de los señores Jesús Antonio Serna Rentería y Heber Adolfo Álvarez Mosquera, rendidas en la Notaría Primera del Círculo de Quibdó, el día 28 de julio de 2011, en las cuales los declarantes dan testimonio de que los adolescentes Beatriz Elena y Jaime Gabriel García Córdoba dependen única y exclusivamente de su madre en Quibdó, quien es cabeza de familia, por cuanto el padre de sus hijos no vive con ellos sino en Bogotá y no aporta económicamente al hogar. Igualmente, sostuvo que viven en una casa que constituye su único patrimonio familiar. Manifestó que a raíz del traslado de Imilce Córdoba, los hijos viven solos y sin el cuidado de su madre, y que por esa circunstancia, la hija quedó embarazada de un compañero del colegio también menor de 18 años, quien igualmente depende de su madre.

1. Por ultimo, anexó certificaciones de estudio de los adolescentes en instituciones oficiales

de Quibdó.

1. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, Sala Única, en sentencia del 2 de septiembre de 2011, confirmó la decisión de primera instancia y negó la tutela, por considerar que si lo que se pretende es demostrar la ilegalidad del acto por la presunta falsa motivación, para ello existen otras vías jurídicas que pudo iniciar la actora a fin de controvertir la decisión administrativa.

Argumentó igualmente que no existe prueba del desmejoramiento salarial o que el traslado haya causado algún perjuicio a su salud o constituya amenaza a su integridad física. Del mismo modo, consideró que no se ha violado el libre desarrollo de los hijos, por cuanto éstos están en una etapa de adolescencia en la que se supone que abandonaron la etapa de la inmadurez en la que sí requieren la presencia de la figura de los padres.

Por último, precisó que no se violó el debido proceso, por cuanto se tiene que la demandante fue debidamente notificada de la resolución de traslado frente al cual ejerció su derecho a la defensa presentando recurso de reposición. Éste fue resuelto y notificado por edicto ante la ausencia de la accionante.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

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.

1. EL PROBLEMA JURÍDICO

En el presente caso se debe establecer si se vulneraron los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas, al debido proceso y a la unidad y estabilidad familiar, de la señora Imilce Córdoba y sus hijos, por parte de la Administración Temporal del Servicio Educativo del Departamento del Chocó, al trasladarla a una institución educativa lejos del lugar de su residencia, y no valorar en debida forma su particular situación, como la desmejora salarial y económica, su condición de ser madre cabeza de familia y la ruptura del vínculo familiar que implica el traslado, puesto que no puede atender a sus hijos adolescentes, quienes requieren especial cuidado en esa etapa de transición.

Para tales efectos, la Corte debe estudiar (i) la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que ordenan traslados de servidores públicos; (ii) la jurisprudencia en relación con el ejercicio del ius variandi en el caso de los servidores públicos; (iii) el derecho de los niños, de las niñas y de los adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella; y (iv) el concepto de la mujer cabeza de familia; por último, se analizará el caso concreto.

1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA CONTROVERTIR ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE ORDENAN TRASLADOS DE SERVIDORES PÚBLICOS

La Corte Constitucional ha reiterado que, como regla general, la acción de tutela no constituye el mecanismo para controvertir decisiones de la administración pública referentes a traslados laborales, por cuanto existen en el ordenamiento jurídico otras vías procesales especiales, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del proceso contencioso administrativo¹. Sin embargo, la Corte ha conceptuado la procedencia excepcional en casos como los estudiados en la sentencia T-653 de 2011², la cual se transcribe a continuación:

“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.³

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.

Según la jurisprudencia constitucional, esta situación se presenta “cuando se encuentra que el acto de traslado es ostensiblemente arbitrario⁶ y adicionalmente, se cumple alguno de los siguientes supuestos: “(1) que 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 requerido⁷; (2) 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 superables⁸; (3) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia⁹.”¹⁰

Estas subreglas son aplicables a todo servidor público susceptible de ser trasladado, entendiendo por servidor público todo aquel investido regularmente de función pública¹¹, 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.

Teniendo como base lo anterior, a continuación la Sala se referirá a los casos en los que la Corte, observando que existía una amenaza de vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes o de su núcleo familiar, ha considerado procedente la acción de tutela frente a actos administrativos que ordenan traslados o los niegan. Adicionalmente, se hará una breve referencia a las situaciones en que la Corte ha sostenido que el mecanismo de amparo no puede tenerse como instrumento idóneo para controvertir tales actos.

3.3.1. Casos en los que se ve amenazado el derecho a la salud.

Como se indicó anteriormente, la jurisprudencia ha definido algunas reglas para que proceda la acción de tutela contra actos administrativos, cuando a través de ellos las autoridades nominadoras en ejercicio del ius variandi modifican las condiciones laborales de ciertos servidores públicos, específicamente cuando cambian su lugar de trabajo.

Por ejemplo, mediante sentencia T- 922 de 2008¹², la Corte revisó el caso de una madre que tras el nacimiento de su hijo fue trasladada de la ciudad de Quibdó al municipio de Atrato, en donde no podía acceder a los servicios médicos necesario para el niño, por cuanto este padecía enfermedades de tipo congénito y además le estaba programada una cirugía en la ciudad de Quibdó. Allí, se encontró que el traslado afectaba gravemente la salud del niño y por tal razón la Corte concluyó:

“Así las cosas, la Sala concluye que es válida la intervención del juez de tutela en el caso concreto porque las condiciones de salud del hijo de la accionante determinaron la inconstitucionalidad del traslado. En tal virtud, procede la tutela de la referencia para dejar sin efectos el traslado de la docente porque éste pone en peligro la vida, la integridad y la salud de su hijo y, en consecuencia, se ordene a la Secretaría de Educación del Municipio de Quibdó, por ser esta la entidad a quien fue entregada la plaza docente que desempeñaba la accionante, que disponga su reubicación en dicho municipio, tal y como lo ha ordenado esta Corporación en anteriores oportunidades.”

Así mismo, en la sentencia T-791 del 1 de octubre de 2010¹³, esta Corporación analizó la situación de una docente que había sido trasladada de la ciudad de Tunja al municipio de Samacá. Por medio de tutela ella solicitó la protección del derecho a la salud y, en consecuencia, su traslado nuevamente a la ciudad a Tunja, pues en su nuevo lugar de trabajo existía una alta actividad minera industrial, lo cual afectaba su salud pulmonar y respiratoria, siendo diagnosticada con asma por parte del médico especialista en salud ocupacional. En este caso, la Sala Séptima de revisión encontró que las condiciones de la docente en su nuevo lugar de trabajo afectaban su derecho a la salud, por lo cual decidió:

“Así las cosas, sin desconocimiento de las exigencias que contempla la ley y en aras de proteger los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas, y a la salud en conexidad con la vida, invocados por la accionante, además teniendo en cuenta el tiempo

que tardaría la celebración de un convenio interadministrativo, esta Sala ordenará al Municipio de Tunja que, en un lapso de quince días, a partir de la notificación de la sentencia, dé respuesta a la accionante en cuanto a si para el año lectivo de 2011 existe la posibilidad de ubicarla en algún plantel educativo del Municipio de Tunja. De ser así, se ordenará que, dentro de un término prudencial, el Departamento de Boyacá gestione el convenio interadministrativo con el Municipio de Tunja, con el fin de ubicar de manera definitiva a la accionante, en un establecimiento educativo de dicho Municipio.”.

Finalmente, igual razonamiento se puede observar en la sentencia T-805 de 2010¹⁴, en la que la Corte revisó el caso de un docente de 51 años de edad que padece VIH/SIDA, el cual fue trasladado de una cabecera municipal a una vereda, lugar en donde no podía realizarse el tratamiento de su enfermedad. En esta oportunidad, el Alto Tribunal Constitucional manifestó que dadas las especiales circunstancias del actor, el traslado podía afectar su estado de salud por ser el VIH/SIDA una patología degenerativa y catastrófica. Al respecto, sostuvo:

“En el presente caso, el hecho de que la Secretaría de Educación y de Cultura del Cauca, no hubiese autorizado el traslado del docente a una institución educativa ubicada en la cabecera municipal de Piendamó, Timbío o Popayán, pone en grave peligro la vida del señor Pedro, toda vez que éste sufre de una enfermedad catastrófica, como es el virus de inmunodeficiencia humana VIH/SIDA, el cual, causa el deterioro paulatino de la salud de quien la padece y éste, al estar ubicado en una institución lejana y, además, con un dificultoso acceso a un centro de salud, vulnera sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la dignidad humana.

En segundo lugar, esta Sala observa los conceptos médicos en los cuales se ordena que el actor debe trabajar en una institución educativa en la cabecera municipal y, además, se evidencia el concepto del Comité de Salud Ocupacional del sector educativo, el cual señala la conveniencia de la reubicación del docente en la cabecera municipal de Piendamó que, si bien fue proferido el 24 de noviembre de 2008, para esta Sala es claro que la enfermedad que padece el actor no tiene cura y, por tanto, su situación, desafortunadamente, no va a mejorar con el transcurso del tiempo, por el contrario se podrá ver desmejorada.

3.3.2. Caso en que se amenaza la unidad familiar

Esta Corporación también ha manifestado que en el sector público deben protegerse y garantizarse otros derechos constitucionales que, en razón a la clase de servicio que corresponde cumplir, pueden verse amenazados por la decisión de traslado. Ejemplo de ello se presenta con la protección de la unidad familiar¹⁵, como manifestación del derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

De este modo, en la sentencia T-165 del 26 de febrero de 2004¹⁶, la Corte concedió la tutela como mecanismo transitorio para la protección del derecho a la unidad familiar. En aquella oportunidad, un juez en Cúcuta, presentó tutela en su propio nombre y en representación de su hijo, de seis años de edad, porque se consideraban afectados por la orden de traslado dada por la Fiscalía General de la Nación, respecto de su esposa y madre, quien venía laborando en una de las Fiscalías en Cúcuta y de repente se ordenó su traslado a las Fiscalías en Pasto y al Charco (Nariño). Allí, se consideró que dicho desplazamiento constituía un elemento inminente que traía como inevitable consecuencia el rompimiento de la unidad familiar, especialmente frente al derecho de hijo de la accionante a tener una familia y no ser separado de ella. Además, el esposo padecía “diabetes mellitus” y requería de los cuidados constantes de su pareja. En tal sentido, la Corte sostuvo que:

“En efecto, el rompimiento de la unidad familiar es inminente porque madre e hijo van a quedar separados, con dificultad para el reencuentro y sin razones legales para ello. El peligro es grave porque el menor sufre de problemas de adaptación y está en una edad que requiere la presencia de la madre. Es necesario adoptar medidas urgentes porque no solamente inicialmente se la trasladó hacia Pasto sino que luego se ordenó enviarla aún más lejos y por consiguiente se deben tomar medidas inmediatas para que, dadas las circunstancias obrantes en el presente caso, no se rompa la unidad familiar (...)”.

3.3.3. Casos en que se amenaza la vida, la integridad y la seguridad personal.

Por último, la Corte ha concedido la tutela en casos en los que la decisión de trasladar o no a un servidor público ha amenazado sus derechos a la vida, a la integridad y a la seguridad personal. Por ejemplo, en la sentencia T-1656 de 2000¹⁷, la Corte ordenó el traslado de un

Fiscal Seccional que estando en el municipio de Aguachica, fue objeto de amenazas contra su vida. Allí se consideró que al estar en peligro la vida del actor, y al ser este un derecho fundamental sin el cual el ejercicio de los demás derechos sería imposible, era procedente que por medio de tutela se ordenara el traslado a la cabecera municipal de Valledupar, ciudad en la que antes prestaba su servicio, por cuanto:

“...el juez de tutela esta obligado a decidir con prontitud y de manera preferente la protección real de la vida en juego, más aún en razón de los hechos y la situación personal del actor quien se desempeñó como Fiscal en el municipio de Aguachica y en razón de su desempeño adelantó investigaciones en contra de reconocidos jefes paramilitares.

3.8. En otros términos, esta Sala de Revisión señala que la Constitución protege la vida de las personas como el primer derecho fundamental, derecho inviolable (artículo 11), a él se hallan subordinados los demás derechos, razón por la que este derecho debe ser pleno, es decir que va en contra del mismo, cualquier acto por medio del cual la vida humana sea lesionada o resulte amenazada”

3.2.4. Casos en los que la Corte no ha considerado que el traslado constituya una amenaza contra los derechos fundamentales.

De otro lado, la Corte ha considerado que los mayores gastos que para un tutelante pueda significar trasladarse a otra localidad, no representan una amenaza de perjuicio irremediable que haga procedente el amparo, salvo cuando se demuestre la vulneración del mínimo vital.

Por ejemplo, en la sentencia T-1498 del 2 de noviembre de 2000¹⁸, la Corte analizó el caso de un funcionario de la Fiscalía General de la Nación en el que no se encontró que la situación de traslado ameritaba necesariamente la intervención del juez constitucional, porque no se demostró que el desmejoramiento de las condiciones económicas del servidor público, en razón a los gastos adicionales que debía sufragar al ser trasladado a una ciudad distinta de aquella en la cual habitaba, fuera motivo suficiente para la procedencia de la acción de tutela. En particular, la Corte concluyó que no se encontraba establecida la afectación del mínimo vital.

Adicionalmente, respecto a la presunta lesión de su derecho a la unidad familiar, se concluyó

que el demandante no indicaba las razones por las cuales el traslado podría implicar una afectación grave y decisiva de su relación familiar. En consecuencia, la Corte no concedió el amparo por cuanto el actor ni siquiera aportó un indicio de que su reubicación territorial causaría necesariamente la ruptura grave de la unidad familiar, pues no se pusieron de presente las condiciones reales familiares o si era viable el desplazamiento de toda la familia a la nueva localidad.

3.2.5. Conclusión

En suma, la Sala concluye que todo servidor público que vea amenazados gravemente sus derechos fundamentales por un acto administrativo que disponga su traslado o que lo niegue, puede acudir a la acción de tutela para efectos de garantizar su protección y evitar la consumación de dicho perjuicio. Adicionalmente, debe entenderse que esta situación de vulnerabilidad puede presentarse, entre otras, en una de las tres hipótesis planteadas previamente, es decir, cuando se vean amenazados sus derechos fundamentales a la salud, a la unidad familiar y la vida e integridad física, tanto propia como de familiares.

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 de la aplicación de las reglas que regulan la función pública respecto a todo funcionario susceptible de ser trasladado. Esto, por cuanto no sería un criterio objetivo el trato diferencial respecto del principio de igualdad.

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.

1. ALCANCE Y LÍMITES AL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI. REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

La Corte Constitucional¹⁹, 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”²⁰.

Ahora bien, tratándose del servicio público de la educación, la Constitución Política dispone en sus artículos 365 y 366 la obligación que tiene el Estado de organizar y garantizar su prestación en forma eficiente a todos los habitantes del territorio nacional y de suplir las

necesidades que existan. Por ésta razón, el ejercicio del ius variandi se encuentra limitado por el deber del Estado de la debida prestación del servicio.

En ese sentido, con el fin de organizar la planta global de personal y garantizar el cumplimiento en la prestación del servicio público de educación, se expidió la Ley 715 de 2001, que reguló lo concerniente a los traslados de los docentes o de su personal directivo docente. El artículo 22 de la citada norma dispuso:

“Artículo 22. Traslados. Cuando para la debida prestación del servicio educativo se requiera el traslado de un docente o directivo docente, este se ejecutará discrecionalmente y por acto debidamente motivado por la autoridad nominadora departamental, distrital o del municipio certificado cuando se efectúe dentro de la misma entidad territorial. (...)”

Las solicitudes de traslados y las permutas procederán estrictamente de acuerdo con las necesidades del servicio y no podrán afectarse con ellos la composición de las plantas de personal de las entidades territoriales.

El Gobierno Nacional reglamentará esta disposición.”

Posteriormente, el citado artículo fue reglamentado por el Decreto 3222 de 2003, que estableció:

“Artículo 2. Traslados por necesidades del servicio. Cuando para la debida prestación del servicio educativo se requiera el traslado de un docente o directivo docente, la autoridad nominadora efectuará el traslado mediante acto administrativo debidamente motivado. Para todo traslado la autoridad nominadora deberá tener en cuenta las necesidades del servicio y la disponibilidad presupuestal.

Los traslados por necesidades del servicio son de carácter discrecional y pueden tener origen en: a) disposición de la autoridad nominadora, b) solicitud de los docentes o directivos docentes.

Para los traslados solicitados por los docentes o directivos docentes, la entidad territorial certificada hará pública la información sobre los cargos de docentes y directivos docentes disponibles en los establecimientos educativos de su jurisdicción, como mínimo dos (2) meses antes de la finalización del año lectivo, conforme al calendario académico adoptado.

Estos traslados se harán efectivos en el primer mes del año lectivo siguiente.

Para decidir sobre los traslados solicitados por los docentes o directivos docentes, la autoridad nominadora tendrá en cuenta los siguientes criterios: a) El docente o directivo docente debe haber prestado como mínimo tres (3) años de servicio en el establecimiento educativo, b) La evaluación de desempeño del año anterior debe ser satisfactoria de acuerdo con la metodología establecida por el Ministerio de Educación Nacional.

La decisión sobre traslado por permutas solicitadas por docentes o directivos docentes se ejecutará discrecionalmente, procederán estrictamente de acuerdo con las necesidades del servicio según lo establecido en el inciso 3 del artículo 22 de la Ley 715 de 2001, y requieren previa disponibilidad presupuestal cuando exista diferencia salarial. El traslado por permuta que implique un cambio de entidad territorial certificada, se tramitará de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del presente decreto.

Parágrafo 1. Cuando la autoridad nominadora efectúe un traslado de un docente o directivo docente, deberá garantizar la continuidad de la prestación del servicio en el establecimiento educativo.

Parágrafo 2. El traslado por permuta no será autorizado por la autoridad nominadora si a uno de los dos solicitantes le faltan cuatro (4) años o menos de servicio, para alcanzar la edad de retiro forzoso.

Parágrafo 3. El traslado no procederá cuando el docente o directivo docente deba permanecer en el municipio por orden judicial o de autoridad policiva.”

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

El artículo 53 del citado decreto determina las modalidades del traslado, los cuales proceden por:

“a) Discrecionalmente por la autoridad competente, cuando para la debida prestación del

servicio se requiera el traslado de un docente o directivo docente dentro del mismo distrito o municipio, o dentro del mismo departamento cuando se trate de municipios no certificados, con el fin de garantizar un servicio continuo, eficaz y eficiente; b) Por razones de seguridad debidamente comprobadas; c) Por solicitud propia.”

El literal a) fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-734 del 26 de agosto de 2003²¹, “... en el entendido que esa facultad discrecional debe ser consecuencia de la necesidad del servicio, con evaluación de las condiciones subjetivas del trabajador y siempre y cuando se respeten las condiciones mínimas de afinidad funcional entre el cargo al que fue inicialmente vinculado y el nuevo destino”.

En esta forma observamos como las citadas normas hacen referencia a la posibilidad de la administración de hacer uso del *ius variandi* para modificar las condiciones del docente respecto al lugar de prestación del servicio, de manera discrecional y como resultado del ejercicio de la potestad de organización administrativa. Esto con el fin de garantizar la efectiva y adecuada prestación del servicio público de educación y de cubrir las necesidades básicas insatisfechas en esta misma²².

Por su parte, la Corte Constitucional ha considerado que el *ius variandi* “es una de las manifestaciones del poder de subordinación que ejerce el empleador sobre sus empleados, y se concreta en la facultad de variar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, la potestad de modificar el modo, el lugar, la cantidad o el tiempo de trabajo”²³, y en varias oportunidades se ha referido al alcance del mismo.

Así por ejemplo, en la Sentencia T-483 de 1993²⁴, estudió el caso de un empleado al cual no se le tuvo en cuenta para su traslado, la situación particular de salud a pesar de encontrarse probado que padecía de úlcera duodenal activa e hipertensión arterial, las cuales no podían tratarse en el lugar donde fue trasladado. En esa oportunidad se tutelaron los derechos a la salud del accionante. En ella se manifestó lo siguiente:

“El *jus variandi* no es absoluto. Está limitado, ante todo, por la norma constitucional que exige para el trabajo condiciones dignas y justas (art. 25 C.N.), así como por los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53 de la Carta en lo que concierne al estatuto del trabajo. Y, por supuesto, su ejercicio concreto depende de factores tales como las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su propia salud y la de

sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado. En cada ejercicio de su facultad de modificación el empleador deberá apreciar el conjunto de estos elementos y adoptar una determinación que los consulte de manera adecuada y coherente.”

Posteriormente, en la sentencia T-355 de 200025, 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 200126 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 el 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 demostrado²⁷.

Cuando se trata de traslado de docentes que prestan el servicio público de educación, esta Corporación concretamente ha señalado en sentencia T- 065 de 200728 los criterios que se deben tener en cuenta. En ella se dijo:

“Tratándose del servicio público de educación que interesa a esta causa, se viene afirmando que el mismo guarda una íntima relación con los derechos fundamentales de los niños y debe prestarse a nivel nacional, sin tener en cuenta la categoría y grado de desarrollo de los municipios o regiones. Por estas razones, y en atención al mandato constitucional impartido al Estado de solucionar las necesidades insatisfechas de la población en materia de educación y de garantizar tanto la continuidad como el funcionamiento eficaz del mismo, resulta apenas obvio que la administración pública pueda contar con amplias facultades para trasladar a sus funcionarios y docentes de acuerdo con las necesidades del servicio²⁹, constituyéndose tales facultades en instrumentos para el desarrollo del mandato educativo institucional.

No obstante lo anterior, si bien este Tribunal ha admitido que el margen de discrecionalidad del empleador resulta ser más amplio cuando así lo demandan las funciones atribuidas a algunas entidades o la propia naturaleza de ciertos servicios, como ocurre por ejemplo con el servicio público de educación, igualmente ha aclarado que, el hecho que sea la propia Constitución la que prohíba cualquier atentado contra la dignidad de los trabajadores, implica que la decisión de traslado no puede ser en ningún caso arbitraria, con lo cual, también en estas hipótesis el *ius variandi* debe ejercerse por el patrono dentro de un marco de razonabilidad, sometido al cumplimiento de las siguientes condiciones³⁰: (i) que los traslados se realicen a cargos similares o equivalentes al que venía desempeñando el trabajador, e igualmente, (ii) que la decisión, en la medida en que modifica las condiciones de trabajo, consulte el entorno social del trabajador y tenga en cuenta factores como la situación familiar, su lugar y tiempo de trabajo, el rendimiento demostrado, el ingreso salarial y el estado de salud, entre otros³¹, a fin de impedir que por su intermedio se causen perjuicios de cierta significación.

Y es que, lo ha sostenido la Corte³², la figura del traslado no está prevista únicamente como una herramienta del empleador – público o privado – para ajustar su planta de personal a los requerimientos que imponen las necesidades del servicio. Para la Corte, el traslado también comporta un derecho de los trabajadores íntimamente relacionado con otros derechos como la vida, la dignidad, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad, en la medida que el mismo puede ser solicitado por éstos para garantizar su seguridad o sus condiciones de salud, e, igualmente, como un medio idóneo para implementar autónomamente sus proyectos de vida a nivel personal o familiar. En este sentido, la discrecionalidad de la administración no sólo debe consultar los límites establecidos expresamente por la legislación, sino que debe procurar la realización de los derechos fundamentales de los docentes conforme a los mandatos previstos en la Constitución Política.”

Es preciso indicar que todas las anteriores consideraciones sobre el *ius variandi* deben ser aplicadas a todos los servidores públicos, tanto en los casos cuando la administración pública ordena el traslado de un funcionario a otro lugar, como cuando éste solicita el traslado y se le ha negado³³.

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

Para concluir, resulta claro que frente al ejercicio del ius variandi, en cada caso particular, para realizar traslados de docentes o de personal administrativo, la administración tiene la carga de observar que las decisiones sean razonables o proporcionales y que observen los siguientes requisitos: (i) que respondan a necesidades reales del servicio de educación (condición objetiva) y (ii) que atiendan las necesidades personales del docente, cuando el traslado comprometa derechos fundamentales del trabajador o de su familia de forma grave (condición subjetiva).

1. EL DERECHO DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA

Las normas internacionales, la Constitución Política y las leyes, otorgan una protección especial a la familia en virtud del principio de solidaridad propio de un Estado Social de Derecho, y van encaminadas preferentemente a garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

En estos términos, los Estados y organismos internacionales han expedido diversos instrumentos tendientes a la protección especial de la familia, y han resaltado que la sociedad y el Estado deben proporcionar a los niños, las niñas y los adolescentes, una protección especial que les garantice un proceso de formación y desarrollo en condiciones adecuadas en virtud de su situación de vulnerabilidad. Esta protección especial se dio inicialmente en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño.

Posteriormente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, establece en el artículo 25 (num. 2), que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Consecuente con lo anterior, el Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, establece que:

“el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. (subrayado nuestro)

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968, dispone en el artículo 24 (num. 1), que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

Igualmente, el artículo 10 (num. 3) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968, prevé que “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”.

En el mismo sentido, el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, firmada en San José, Costa Rica, en 1969 y aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972, establece que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Por último, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de Noviembre de 1989 y aprobada en Colombia mediante la Ley

12 de 1991, convino:

“Artículo 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. (Subrayado nuestro)

Artículo 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Artículo 19.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.”

En concordancia con las normas citadas del Derecho Internacional, la Constitución Política protege el derecho a la unidad familiar y el derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a permanecer con su familia, al consagrar en su artículo 5º a la familia como institución básica de la sociedad. De igual manera, el artículo 42 establece la obligación del Estado y de la sociedad de garantizar la protección integral de ésta.

Por su parte, en el artículo 44 de la Carta, se consagra el derecho fundamental de los niños, las niñas y los adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella. Con esto se busca, en lo posible, el contacto directo o la cercanía física y afectiva permanente con su

familia y, sobre todo, con sus padres.

Así mismo el artículo 44 superior señala que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

También señala que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos y que éstos prevalecen sobre los derechos de los demás.

De igual forma, la Constitución se refiere específicamente a los adolescentes en su artículo 45, señalando que tienen derecho a la protección y a la formación integral, para lo cual el Estado y la sociedad deben garantizar su participación activa en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

Respecto a la protección especial a los adolescentes referido en el artículo citado, la Corte, en sentencia C-092 de 2002³⁵, sostuvo que ellos están comprendidos en el concepto de “niños” a que se refiere el artículo 44 de la Constitución y, por tanto, deben gozar de protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado, y son titulares de los derechos fundamentales consagrados en la Norma Superior, que prevalecen sobre los derechos de los demás. Igualmente, señaló que la distinción entre niños y adolescentes, no tiene como finalidad otorgar a éstos últimos una protección distinta, sino darles participación en los organismos públicos y privados que adopten decisiones que les conciernen, teniendo en cuenta su mayor grado de desarrollo³⁶.

Sobre el particular, la citada sentencia señaló:

“(…) El concepto de adolescente no se encuentra claramente definido. En los debates de la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente se discutió sobre la necesidad de señalar el límite de edad para efectos de la protección contenida en el artículo 44 superior, lo cual finalmente no fue objeto de consideración alguna, apareciendo simplemente breves alusiones al tema, existiendo una serie de variables que dificultan tal delimitación. En este sentido, se expresó:

¿Quién es joven en el mundo? Joven es aquel niño pasado de 10 años, según dicen algunos

países hasta que otros, en su extremo, dicen que joven es aquel que, no pasando los 40 años, se conserva aún soltero; extremos en donde es difícil ubicarnos, pero nosotros decimos simplemente que jóvenes son todos los que están sometidos a la protección y formación moral, física, psicológica, intelectual, sexual y social por parte del Estado y la sociedad.” 37

De este modo, la Carta utiliza el término adolescentes para referirse a aquellos jóvenes que no han alcanzado aún la mayoría de edad, pero que tienen capacidad y madurez para participar en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud, sin definir cuándo comienza y a qué edad termina la adolescencia. Lo que se buscó con tal consagración fue pues garantizar la protección y la formación física, psicológica, intelectual y social, así como la participación activa de los jóvenes en la vida cultural, deportiva, política, laboral y económica del país, promoviendo su intervención en las decisiones de los organismos que tienen a su cargo políticas respecto de ese grupo de la población. Así, la distinción entre niño y adolescente, no se hizo para efectos de la prevalencia de sus derechos, sino de la participación. La intención del constituyente no fue excluir a los adolescentes de la protección especial otorgada a la niñez, sino hacerla más participativa respecto de las decisiones que les conciernen”.

(...) la Corte, con un gran sentido garantista y proteccionista ha considerado que es niño, todo ser humano menor de 18 años, siguiendo los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño (...).

Con base en lo anterior, esta Corporación ha sostenido que “en Colombia, los adolescentes poseen garantías propias de su edad y nivel de madurez, pero gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños, y son, por lo tanto, “menores” (siempre y cuando no hayan cumplido los 18 años)”38. En consecuencia, la protección constitucional estatuida en el artículo 44 C.P. en favor de los “niños” ha de entenderse referida a todo menor de dieciocho años”. 39

Por su parte, la Ley 1098 de 2006, mediante el cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, definió en su artículo 3º lo siguiente:

“Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las

personas entre 12 y 18 años de edad”.

De la transcripción de las citadas normas, observamos claramente que fueron expedidas para garantizar la especial protección de los niños, las niñas y los adolescentes, por cuanto en esa etapa requieren del apoyo psicológico y moral de su familia y fundamentalmente de sus padres, para evitar traumas que puedan incidir en su desarrollo personal.

En este orden de ideas, la Corte ha señalado que los niños, las niñas y los adolescentes necesitan para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares y que el carecer de los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y su desarrollo integral vulnera sus derechos fundamentales. Por ello, ha sostenido que solo razones muy poderosas, como ya se indicó, ya sea por una norma jurídica, por decisión judicial o por orden de un defensor o comisario de familia, se pueden afectar la unidad familiar.

En consecuencia, la procedencia de la tutela en caso de generarse una separación familiar con ocasión de un traslado laboral, está supeditada, como ya se indicó inicialmente, a que aparezcan probadas afectaciones graves a los derechos fundamentales de los empleados, de los niños, las niñas y los adolescentes o de las personas que dependen de ellos; por ello es conveniente, que cada caso en particular sea analizado con prudencia, razonabilidad y debidamente motivado de manera que no sean afectados sus derechos fundamentales.

1. CONCEPTO DE LA MUJER CABEZA DE FAMILIA COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Como se dijo anteriormente, la Constitución consagró a la familia como una institución básica de la sociedad y por este motivo merece amparo especial por parte de ésta y del Estado⁴⁰.

En ese sentido, la Constitución Política trae un concepto de familia muy amplio, pues en el artículo 42 de la Carta, se estableció que “[s]e constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla (...)”. De esa manera la familia surge, entre otros, por el matrimonio, la unión marital de hecho o la adopción.

En este orden de ideas, el vínculo familiar puede estar conformado por una madre soltera y

su hijo o hija, e incluso por un padre y sus descendientes, igualmente se puede dar entre hermanos, hermanas, primos, nietos y abuelos.

La Carta dispuso en su artículo 43 que “(...) El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (...)”; amparo que se debe brindar aún si aquella no es madre de los demás miembros del núcleo familiar que dependen de ella, ya sean abuelos, padres, o hermanos.

En este sentido, el inciso segundo del artículo 2º de La ley 82 de 1993, Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, establece que “(...) es Mujer Cabeza de familia, quien (...) ejerce la jefatura del hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar (...)”.⁴¹

Por su parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido la especial situación en la que se encuentran las mujeres cuando tienen su rol de madres cabeza de familia y la necesidad de una protección que les ofrezca una forma de hacer más llevadera la difícil tarea de asumir en forma solitaria las riendas del hogar⁴².

De esa forma lo manifestó la Corte en la Sentencia C-184 de 2003⁴³ así:

“3.2.2. Como se indicó, uno de los roles que culturalmente se impuso a la mujer fue el de ‘encargada del hogar’ como una consecuencia del ser ‘madre’, de tal suerte que era educada y formada para desempeñar las tareas del hogar, encargarse de los hijos y velar por aquellas personas dependientes, como los ancianos. Sin desconocer la importancia que juega toda mujer, al igual que todo hombre, dentro de su hogar, el constituyente de 1991 quiso equilibrar las cargas al interior de la familia, tanto en las relaciones de poder intrafamiliar, como en cuanto a los deberes y las obligaciones de las que cada uno es titular.

Suponer que el hecho de la ‘maternidad’ implica que la mujer debe desempeñar ciertas funciones en la familia, ha llevado, por ejemplo, a que tengan que soportar dobles jornadas laborales: una durante el día como cualquier otro trabajador y otra en la noche y en sus ratos libres, desempeñando las labores propias de la vida doméstica. Esta imagen cultural respecto

a cuál es el papel que debe desempeñar la mujer dentro de la familia y a cuál 'no' es el papel del hombre respecto de los hijos, sumada al incremento de separaciones, así como al número creciente de familias sin padre por cuenta del conflicto armado y la violencia generalizada, trajo como consecuencia que una cantidad considerable de grupos familiares tuvieran una mujer como cabeza del mismo.

(...)

El apoyo especial a la mujer cabeza de familia es un mandato constitucional dirigido a todas las autoridades públicas. Con él se buscó (i) promover la igualdad real y efectiva entre ambos sexos; (ii) reconocer la pesada carga que recae sobre una mujer cabeza de familia y crear un deber estatal de apoyo en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal, para compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener su familia; y (iii) brindar, de esta manera, una protección a la familia como núcleo básico de la sociedad.”

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha precisado sobre esa protección especial, que no toda mujer, por el hecho de serlo, ostenta la calidad de madre cabeza de familia, pues para tener tal condición es necesario que:

“(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”⁴⁴.

De igual forma, la Corte, en sentencia T-1211 de 2008⁴⁵, aclaró que:

“el desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que esta pueda resultar, no significa per se que una madre adquiera la condición de cabeza de familia, toda vez que para ello es indispensable el total abandono del hogar por parte de su pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre; es decir, debe existir un incumplimiento absoluto y permanente de las obligaciones inherentes a

esta condición⁴⁶. Todo ello sin olvidar que el trabajo doméstico, con independencia de quién lo realiza, constituye un valioso apoyo para la familia, a tal punto que debe ser tenido en cuenta como aporte social⁴⁷. En ese orden de ideas, debido a la existencia de otras formas de colaboración en el hogar, la carencia de un ingreso económico fijo de una persona no puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia”.

Asimismo, esta Corporación⁴⁸ ha sostenido que la condición de madre cabeza de familia no depende de una formalidad jurídica, sino de las circunstancias materiales que la configuran. De esa forma señaló en la sentencia que el estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia. Dijo entonces:

“Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional, la familia puede constituirse o en virtud del matrimonio ‘o por la voluntad responsable de conformarla’ por la decisión libre de un hombre y una mujer, es decir ‘por vínculos naturales o jurídicos’, razón ésta por la cual resulta por completo indiferente para que se considere a una mujer como ‘cabeza de familia’ su estado civil, pues, lo esencial, de acuerdo con la definición que sobre el particular adoptó el legislador en la norma acusada, es que ella ‘tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar’, lo que significa que será tal, no sólo la mujer soltera o casada, sino también aquella ligada en unión libre con un compañero permanente.”

Aclaró igualmente esta Corporación, en sentencia T-1211 de 2008⁴⁹, que la declaración ante notario a que hace referencia el parágrafo del artículo 2° de la Ley 82 de 1993, no es una prueba necesaria para acreditar la condición de cabeza de familia, pues dicha calidad no depende de esta clase de formalidades, sino de los presupuestos fácticos del caso concreto⁵⁰. Igualmente señaló que:

“las acciones afirmativas genéricas autorizadas para las mujeres en el artículo 13 de la Constitución se diferencian de la ‘especial protección’ que el Estado debe brindar a las madres cabeza de familia, cuyo fundamento es el artículo 43 de la Carta, pues estas últimas plantean un vínculo de conexidad directa con la protección de los hijos menores de edad o

discapacitados, donde es razonable suponer que la ayuda ofrecida redundará en beneficio de toda la familia y no de uno de sus miembros en particular”.

En consecuencia, las mujeres que tienen bajo su cargo en forma permanente la responsabilidad de hijos menores propios o ajenos y de otras personas incapacitadas para trabajar y, que dependan de ella, tanto afectiva como económicamente, gozan de especial protección constitucional.

1. EL CASO CONCRETO

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

1. Resumen de los hechos

La señora Imilce María Córdoba Cuesta se desempeña como Técnico Administrativo desde el mes de marzo de 2008, al servicio de la Secretaría de Educación del Departamento del Chocó. Dice que es madre cabeza de familia y solicita se amparen sus derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas, al libre desarrollo de la personalidad de sus hijos adolescentes y a la unidad familiar.

La Sala observa que según los registros de nacimiento de los hijos adolescentes de la demandante, Beatriz Elena nació el 24 de noviembre de 1993, de modo que a la fecha de la presentación de la tutela era menor de 18 años, pero en la actualidad, es mayor de edad; por su parte, Jaime Gabriel nació el 28 de junio de 1995, de manera que actualmente cuenta con 17 años y ocho meses de edad.

La Secretaría de Educación del Departamento del Chocó, a través de la Administración Temporal para el Sector Educativo del Departamento, trasladó a la demandante a la entidad educativa Normal Superior La Inmaculada del corregimiento La Italia del municipio de San

José del Palmar, aduciendo necesidad del servicio. En virtud de esta orden, la peticionaria inició labores a partir de diciembre de 2010.

Sin embargo, la accionante presentó recurso de reposición, informando (i) que fue desmejorada laboralmente al ser ubicada en un sitio con menores condiciones de calidad de vida a los que tenía donde antes se encontraba; que el traslado le genera laboralmente sobrecostos económicos, dado que es la única persona que trabaja en su hogar; (ii) que el traslado afectaría los derechos fundamentales de sus hijos al libre desarrollo de la personalidad y a la unidad familiar; (iii) que el Rector de la IE Normal Superior La Inmaculada comunicó a la Administración Temporal que requería para el cargo a una persona con conocimientos contables, para lo cual ella no reúne los requisitos; (iv) que la Institución Educativa Normal Superior la Inmaculada se encuentra ubicada a más de 8 horas de viaje por carretera en zona de riesgo de orden público, por lo que se le hace imposible viajar para estar con sus hijos y tan solo lo puede hacer en semana santa y las vacaciones de julio y diciembre, situación que, adujo, pone en riesgo la estabilidad y unidad de su familia, afectándolos psicológica y emocionalmente, al quedar sus hijos solos sin el acompañamiento y cuidados del padre, por cuanto él vive en otra ciudad; y (v) que lo anterior ha traído como consecuencia que su hija se encuentra en estado de embarazo de un adolescente, quien no puede responder ni por ella ni por el niño que está por nacer, con el agravante del alto riesgo para la vida de su hija y del niño, por el estado anémico que padece.

Por estas razones, solicitó se le ubicara en un sitio cercano a su residencia que le permita estar con sus hijos por lo menos los fines de semana. La respuesta fue negativa aduciendo la necesidad del servicio.

En las pruebas aportadas por el apoderado de la accionante, se encuentran dos declaraciones de vecinos que afirman que los hijos adolescentes de la accionante permanecen solos en una casa de su patrimonio familiar, que su calidad de vida se ha desmejorado y que la niña en estado de embarazo se ha visto obligada a retirarse de los estudios a causa de su delicado estado de salud. Agregan que el padre del niño por nacer es un menor de 18 años igual que ella, por lo que no puede responder económicamente. Igualmente, afirman que la señora Córdoba no posee otra propiedad.

Es preciso aclarar que a la fecha de la presentación de la tutela, Beatriz Elena, la hija de la

accionante, contaba con 25 semanas de embarazo, lo que hace suponer que a fecha presente su hijo ya nació.

1. La procedencia de la tutela

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que cualquier persona pueda interponer acción de tutela directamente o por quien actúe en su nombre, mediante un procedimiento preferente, informal y sumario⁵¹, cuando considere que se le han vulnerado o amenazado sus derechos fundamentales. A su turno, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que la acción de tutela puede ser promovida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, “quien actuará por sí misma o a través de representante”.

En el caso sub examine se observa que la señora Imilce María Córdoba Cuesta, al momento de presentar la acción de tutela a nombre propio, también lo hizo a nombre de sus hijos, quienes para esa fecha, eran menores de 18 años, por lo cual la Sala encuentra que se encuentra legitimada para representar los intereses de sus hijos.

Por otra parte, la Sala observa que el demandado es una entidad pública, de forma que en los términos del Decreto 2591 de 1991, está acreditada la legitimación por pasiva.

1. Examen de la inmediatez

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de inmediatez según el cual, la acción de tutela, pese a no tener un término de caducidad expresamente señalado en la Constitución o en la Ley, procede dentro de un término razonable y proporcionado contado a partir del momento en que se produce la vulneración o amenaza al derecho⁵², esto, con el propósito de que proceda de manera rápida, inmediata y eficaz.

De esta forma, se hace necesario estudiar en cada caso en concreto que el recurso de amparo se haya promovido dentro de un término razonable, prudencial y cercano a la

ocurrencia de los hechos que se consideran vulneratorios de derechos fundamentales. Lo anterior con el fin de evitar demoras injustificadas en la interposición de la acción y deslegitimar su naturaleza de mecanismo de protección de derechos fundamentales que estén siendo amenazados o vulnerados.

En el caso que se analiza se cumple con el requisito de inmediatez, pues la acción de tutela se interpuso el 30 de junio de 2011, mientras el acto administrativo que ordenó el traslado, su notificación y la interposición del recurso de reposición se dieron en el mes de noviembre de 2010 y el recurso fue respondido en forma negativa el 16 de febrero de 2011. Es decir, el término transcurrido entre los hechos y la presentación de la acción es razonable, y evidencia que la transgresión era actual en el momento en que se hizo uso de la tutela para el amparo de los derechos.

1. Examen de subsidiariedad

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 Corporación⁵³ 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.

La Sala considera que la acción de tutela procede en este caso, toda vez que al momento de interposición de la demanda, existía un riesgo de perjuicio irremediable, como quiera que (i) la hija de la peticionaria -para ese entonces menor de 18 años- estaba embarazada y presentaba un embarazo riesgoso, al punto que el médico tratante le recomendó reposo, de modo que le era imposible trasladarse con la madre al nuevo sitio de trabajo; (ii) el padre de la niña vive en Bogotá y no podía encargarse de su cuidado ni del otro hijo menor de 18 años, de modo que la presencia de la demandante en Quibdó era fundamental para

garantizar los derechos de sus hijos menores de 18 años, no solamente a la unidad familiar, sino a la salud y al cuidado.

La Constitución Nacional 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 trabajo⁵⁴; y (ii) si afecta en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor y/o de su núcleo familiar.

Respecto al primer punto, la Sala observa de los hechos y pruebas obrantes en el expediente, así como de las afirmaciones de la señora Córdoba cuyos soportes anexa, que la demandada no tuvo en cuenta la solicitud de la accionante de no ser trasladada a un lugar lejano de su familia, ni se realizó el previo análisis de su situación particular respecto a su condición familiar y laboral. En otras palabras, la entidad demandada decidió trasladar a la peticionaria sin examinar su situación personal.

Respecto a la afectación grave y directa los derechos fundamentales de la accionante y de su hija, es preciso recalcar que la Carta Política, en su artículo 43, señala una especial protección reforzada para la mujer cuando se encuentra en estado de maternidad y posterior a éste, al indicar que “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado,...”

Teniendo en cuenta las pruebas allegadas al proceso y de conformidad con lo expresado en la consideración 2.7.2.3., observa la Sala que efectivamente el traslado de la señora Córdoba le impide brindar a sus hijos adolescentes, especialmente a su hija (quien al momento de la presentación de la tutela, contaba con 25 semanas de embarazo y en la actualidad tiene un hijo recién nacido) los cuidados debidos. Tal cuidado era además indispensable en la etapa de gestación, pues la hija de la demandante presentó un embarazo de alto riesgo, debido a la anemia que padecía, lo que le impedía trasladarse con la madre y, de otro lado, hacía apremiantes los cuidados de esta última.

Ahora bien, como quiera que desde la presentación de la solicitud de amparo hasta la fecha

presente, han transcurrido más de nueve meses, es de suponer que el hijo de Beatriz Helena ya nació; sin embargo, ello no significa que exista una carencia actual de objeto por daño consumado, puesto que en este estado debe también protegerse la vida del niño recién nacido, quien en el caso concreto depende única y exclusivamente de la abuela.

Con base en lo anterior, la Sala concluye que es preciso conceder la tutela como mecanismo transitorio a los derechos fundamentales a la unidad familiar y a la protección especial de los niños, las niñas y los adolescentes; por tanto, ordenará el traslado de la señora Imilce Córdoba a una institución educativa ubicada en Quibdó o cerca de este municipio, a fin de que pueda atender a su hija y su nieto recién nacido, durante el tiempo que requieran de sus cuidados. Sin embargo, advertirá a la peticionaria que dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de la presente decisión, deberá acudir a los mecanismos judiciales ordinarios de defensa para impugnar el acto administrativo que confirmó la decisión de traslado, so pena de que la protección dispuesta en este fallo cese.

En consecuencia, la Sala revocará los fallos de instancia proferidos por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Distrito Judicial de Chocó, el 15 de julio de 2011, y por el Tribunal Superior de Quibdó - Sala Única, de fecha 2 de septiembre de 2011 y, en su lugar, concederá la tutela de manera transitoria, con fundamento en las consideraciones antes expuestas. En consecuencia, se ordenará a la Secretaría de Educación del Departamento de Chocó - Administración Temporal para el Sector Educativo- disponer las medidas pertinentes para que en un término no mayor a diez días hábiles, contados a partir de la notificación del presente fallo, reubique provisionalmente a la señora Imilce Córdoba Cuesta, en una institución educativa del municipio de Quibdó o de un municipio cercano.

1. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Primero Promiscuo de

Familia del Distrito Judicial de Quibdó, Chocó, el 15 de julio de 2011, y por el Tribunal Superior de Quibdó – Sala Única, de fecha 2 de septiembre de 2011. En su lugar, CONCEDER en forma transitoria el amparo a los derechos fundamentales a la unidad familiar y a la protección especial de los niños, niñas y adolescentes de la hija de la accionante y su nieto recién nacido.

SEGUNDO.- En consecuencia, ORDENAR a la Secretaría de Educación del Departamento de Chocó – Administración Temporal para el Sector Educativo, que en el término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación del presente fallo, reubique provisionalmente a la señora Imilce Córdoba Cuesta, en una institución educativa del municipio de Quibdó o de un municipio cercano, hasta tanto la vulneración sea superada.

TERCERO.- ADVERTIR a la peticionaria que dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de esta providencia, deberá hacer uso de los mecanismos judiciales ordinarios de defensa para impugnar el acto administrativo que confirmó la decisión de traslado, so pena de que la protección dispuesta en esta decisión finalice.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 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 1993 MP. José Gregorio Hernández.

2 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

3 Ver Sentencia T-894 del 11 de noviembre de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

4 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.

5 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).

6 “T-715/96 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); T-288/98 (MP Fabio Morón Díaz).”

7 “Sentencias, T-330/93 (MP Alejandro Martínez Caballero), (T-483/93 MP José Gregorio Hernández Galindo), T-131/95 (MP. Jorge Arango Mejía), T-181/96 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-514/96 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), T-516/97 (MP. Hernando Herrera Vergara), T-208/98 (MP. Fabio Morón Díaz) y T-532/98 (MP Antonio Barrera Carbonell)”

8 “Sentencia T-503/99 (MP. Carlos Gaviria Díaz).”

9 “Sentencia T-120/97 (MP Carlos Gaviria Díaz); T-532/96 (MP Antonio Barrera Carbonell).”

10 Sentencia T-264 del 17 de marzo de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería.

11 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.

12 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

13 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

14 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

15 En cuanto al derecho a la unidad familiar, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente: “A partir de la interpretación de las disposiciones normativas contenidas en el artículo 42 de la Constitución, es posible establecer la existencia de un derecho constitucional a mantener la unidad familiar o a mantener los vínculos de solidaridad familiar. De la caracterización constitucional de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, en la cual es necesario preservar la armonía y la unidad, mediante el rechazo jurídico de las conductas que puedan conducir a su desestabilización o disgregación, y además, consultando el deber constitucional de los padres, consistente en sostener y educar a los hijos mientras sean menores o impedidos, resulta perfectamente posible derivar normas de mandato, de prohibición y de autorización. Siguiendo un razonamiento similar es posible configurar el derecho a mantener la unidad familiar. Este derecho es el corolario de la eficacia de la disposición que define la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, en la medida en que constituye el dispositivo normativo que permite realizar la pretensión constitucional de protección a la familia (como núcleo fundamental de la sociedad), al autorizar la intervención de los jueces y en especial del juez constitucional, en situaciones concretas que tengan el poder de afectar la unidad y/o la armonía familia”. Sentencia T-207 del 5 de marzo de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

16 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

17 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

18 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

19 Sentencia T-026 de 2002 MP. Eduardo Motealegre Lynett.

20 Sentencia T-752 de 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil.

21 MP. Álvaro Tafur Galvis.

22 Sentencias T -065 de 2007 MP. Rodrigo Escobar Gil y T -922 de 2008 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

23 Sentencia T-797 de 2005 MP. Jaime Araujo Rentería.

24 MP. José Gregorio Hernández.

25 MP. José Gregorio Hernández.

26 MP. Jaime Córdova Triviño.

27 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.

29 “Sentencias SU-559 de 1997 MP. Eduardo Cifuentes; T-694 de 1998 MP. Antonio Barrera Carbonel; y T-797 de 2005 MP. Jaime Araujo Rentería”.

30 “Sentencias SU-559 de 1997 MP. Eduardo Cifuentes; T-1156 de 2004 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra; y T-796 de 2005 MP. Rodrigo Escobar Gil.”

31 “Sentencias: T-752 de 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil, T-026 de 2002 MP. Eduardo Montealegre, 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.”

32 “Sentencia T-797 de 2005 MP. Jaime Araujo Rentería.”

33 Sentencia T-653 de 2011 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

34 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

35 MP. Jaime Araújo Rentería.

36 Sentencia C-228 de 2008 MP. Jaime Araujo Rentería.

37“Actas de los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, Transcripción de sesiones, Presidencia de la República, Plenaria, Junio 10 de 1991, pag. 68”

38 “Sentencia C-019 de 1993 M.P. Ciro Angarita Barón”.

39 Sentencia C-092 de 2002, M. P. Jaime Araujo Rentería. Ver también sentencias T-415 y T-727de 1998 M.P. Alejandro Martínez

40 Artículo 5º C.P. “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.”

41 El texto completo: ARTÍCULO 2o. JEFATURA FEMENINA DE HOGAR. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.

En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

42 Ver sentencias T-926 de 2009 y SU-388 de 2005.

43 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

44 Sentencia SU-388 de 2005 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

45 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

46 Ver Sentencia T-1211 de 2008 y T-834 de 2005.

47 “Sentencia T-494 de 1992 MP. Ciro Angarita Barón”.

48 Sentencia C-034 de 1999 MP. Alfredo Beltrán Sierra.

49 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

50 Sentencia C-184 de 2003 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

51 T-493 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

52 Sentencias SU-691 de 1999, T-905 de 2006, T-808 de 2007, T-594 de 2008, T-743 de 2008.

53 Sentencia T- 417 del 25 de mayo de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa

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