

Sentencia T-420/05

IUS VARIANDI-Discrecionalidad limitada a la administración para modificar sitio de trabajo

ACTO ADMINISTRATIVO DE TRASLADO DE FUNCIONARIO-Procedencia excepcional de la tutela para controvertir el acto cuando vulnera derechos fundamentales/IUS VARIANDI-Análisis sistemático de las circunstancias familiares que hacen viable la protección por tutela

Los actos administrativos se deben controvertir ante la jurisdicción contencioso administrativa y no por medio de la acción de tutela no obstante la acción contencioso administrativa frente a decisiones de traslado de funcionarios no es un medio adecuado, eficaz e idóneo cuando lo que se debate es la vulneración de un derecho fundamental y no la legalidad de una actuación. El objeto de análisis del juez ordinario de una orden de traslado no verifica la vulneración de derechos fundamentales sino la legalidad de la orden.

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Protección frente acto que ordena traslado de trabajador

NUCLEO FAMILIAR-Protección frente al acto que ordena traslado de trabajador

Referencia: expediente T-1034690

Acción de tutela instaurada por Gloria Lucía Cuellar Núñez contra la Fiscalía General de la Nación

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil cinco (2005).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de la sentencia del 23 de noviembre de 2004, proferida por la Corte

Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral , que decidió en segunda instancia sobre la acción de tutela instaurada por Gloria Lucía Cuellar Núñez. La anterior sentencia fue remitida a la Corte Constitucional y seleccionada por la Sala de Selección Número Uno, mediante auto del veintiocho (28) de enero de dos mil cinco (2005), correspondiendo a la Sala Tercera de Revisión su conocimiento.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de tutela y contestación

Gloria Lucía Cuellar Núñez actuando a su propio nombre formula acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación el 29 de septiembre de 2004 para que se le protejan a ella y a su hijo los derechos fundamentales al trabajo, la debida protección de la niñez y la especial protección de la mujer cabeza de familia, seriamente amenazados y conculcados con la decisión de la Fiscalía General de la Nación de trasladarla de la ciudad de Neiva al Departamento del Chocó.

1.1. Hechos relatados por el demandante

1. El 1 de septiembre de 1986 Gloria Lucía Cuellar Núñez ingresó a la Rama Judicial como Juez Único Promiscuo de Elías, Huila. La actora ha desempeñado varios cargos dentro de la Rama Judicial hasta llegar a ser Juez de Instrucción Criminal.

2. El 1 de julio de 1992 se incorporó a la Fiscalía General de la Nación como Fiscal Seccional Veinticinco de Pitalito, Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, asignada a la Unidad de Vida de la Unidad de Fiscalías Seccionales de Neiva¹, unidad que investiga los delitos relacionados con la seguridad del Estado.

3. La señora Cuellar ha sido parte de la Rama Judicial por más de 18 años sin sanción disciplinaria alguna y ha laborado todo este tiempo en el Departamento del Huila, de donde proviene y donde se encuentra toda su familia.

4. El 23 de septiembre de 1995 Gloria Lucía Cuellar Núñez contrajo matrimonio civil con José Joaquín Vargas en la notaría primera del Círculo de Garzón, Huila.

5. El 24 de febrero de 1997 nació el menor Andrés Felipe Vargas Cuellar, quien desde los dos

años de edad padece de alergia respiratoria (rinitis y asma).

6. El 19 de noviembre de 2001 se dictó sentencia de divorcio entre Gloria Lucia Cuellar Núñez y José Joaquín Vargas en la que se estableció la custodia del menor en cabeza de la señora Cuellar.

7. El 14 de septiembre de 2004 dentro del proceso radicado 92168 contra varios sindicatos por el delito de rebelión y con fundamento en prueba sobreviviente y en derecho, según alega la demandante, profirió resolución de revocatoria de la medida de aseguramiento que había proferido en su momento la Fiscalía Cuarta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Neiva, decisión ésta que no fue objeto de recurso y que se encuentra a la fecha debidamente ejecutoriada.

8. A raíz de la decisión, el Director General de Fiscalías, a través del Director Seccional de Huila solicitó copia de la providencia y en reunión con los directores seccionales a nivel nacional analizaron la misma, según tiene entendido la accionante, concluyendo que no existía irregularidad alguna. Hasta el momento no se le ha iniciado investigación disciplinaria ni penal.

9. Pese a lo anterior, según la tutelante fue de conocimiento general la inconformidad de algunos con la decisión adoptada en el caso de rebelión.

10. El 22 de septiembre de 2004 mediante Resolución 2-2485 proferida por la Fiscalía General de la Nación se ordena el traslado de Gloria Lucía Cuellar Núñez, de la seccional Neiva a la seccional Quibdo, la que fue notificada el 27 de septiembre de 2004 señalándose que no era susceptible de recurso alguno y sin determinar ni especificar a qué Fiscalía sería trasladada, pues como es de conocimiento, la seccional de Quibdo incluye todas las cabeceras de circuito del departamento de Chocó. Dicho traslado no fue solicitado, ni la accionante había presentado concurso alguno para esa seccional.

11. El 28 de septiembre de 2004 vía telefónica se le comunicó a la demandante que el traslado era para Bahía Solano ya que en Quibdo no había vacantes.

12. Andrés Felipe Vargas Cuellar, hijo de la demandante, padece desde los dos años de edad de alergia respiratoria nasal y pulmonar, diagnosticada por el médico pediatra Carlos Enrique

Vásquez Méndez y por la que se halla bajo prescripción médica, suministrándosele entre otros, inhaladores y montelukast (singulari). Aparte de los medicamentos, requiere de un medio ambiente adecuado que evite el polvo, los cambios climáticos y la humedad para impedir el progreso de la enfermedad que si se cuida de manera adecuada tiene un 80% de probabilidad que sea recuperada cuando el menor llegue a la pubertad. Así es necesario para el menor no sólo el cuidado y vigilancia sino la permanencia en un lugar adecuado que garantice su salud para preservar su vida en condiciones dignas como la que ha venido desarrollando en Neiva. Situación de salud por la que la madre en años anteriores tuvo que solicitar un traslado de la ciudad de Pitalito a la de Neiva para que contara con los medios médicos y quirúrgicos que le atiendan su enfermedad, aún a costa de su desmejora salarial y de jerarquía en cuanto al cargo que desempeñaba.

13. La demandante reside con su hijo en la calle 19 no. 46-45 casa B11 Campo Real Neiva, inmueble que adquirió por compraventa al señor José Joaquín Vargas Quezada, quedando pendiente todavía un saldo, por concepto de préstamo para su adquisición, solicitado en Juriscoop.

14. El padre del menor y su familia residen en Pitalito, Huila, en donde éste trabaja y se desplaza una vez cada quince días a Neiva para visitar a su hijo con quien mantiene una excelente relación.

15. La señora Gloria Lucía Cuellar hizo llegar a la Corte Constitucional el 17 de febrero de 2005 memorial en el que manifiesta que si bien en el Chocó existe la E.P.S a la cual se encuentra afiliada, la atención no es buena ya que en su estadía en la región se enfermó y le fue diagnosticada laringitis cuando, de acuerdo a las constancias médicas aportadas, la demandante sufría de fiebre tifoidea y tuvo que ser atendida en la ciudad de Bogotá. Igualmente la demandante manifestó que desde que ha residido en Bahía Solano el menor se ha trasladado a donde su padre. La madre ha mantenido comunicación telefónica con su hijo pero explica que el menor ha comenzado a tener cambios en su comportamiento y que ha entrado en una grave crisis emocional que lo ha hecho más introvertido y además llora constantemente.

1.2 Argumentos de la demandante para considerar vulnerados sus derechos

La demandante considera que la decisión de traslado de la Fiscalía General de la Nación

vulnera su derecho al trabajo, la especial protección a la niñez y la protección a la mujer cabeza de familia consagradas en la Constitución. Ésta sustenta su acción de tutela en los siguientes términos:

a) Violación del derecho al trabajo:

La demandante considera que su traslado fue inconsulto, arbitrario e intempestivo y que la obliga, en aras a preservar la salud de su hijo, a no aceptarlo lo que implica una renuncia a su cargo con las consecuencias adversas en los aspectos económicos y sociales, tanto para ella como para su hijo y/o la sanción disciplinaria de declaratoria de insubsistencia, como consecuencia de no acatar la orden de traslado impartida.

Igualmente considera que su traslado desborda de los límites del ius variandi por no consultar con los criterios de razonabilidad y justicia, ni el respeto a la dignidad humana, intereses y derechos mínimos que le asisten, vulnerando de manera expresa las previsiones del Artículo 95 del Decreto 261 de 2000 donde se prohíbe el traslado cuando este implica condiciones desfavorables. El traslado le afecta su núcleo familiar, los derechos fundamentales de su hijo a no ser separado de su familia y a la salud, y le afecta su economía pues tendría que sufragar su sostenimiento en el lugar del traslado y el de su hijo en la ciudad de Neiva, siendo el costo de vida del Chocó superior al del Huila, donde reside y tiene su familia.

b) Violación de la protección a la niñez:

La demandante considera que el traslado, debido a las condiciones de salud de su hijo, la obliga a dejarlo en la ciudad de Neiva, al cuidado de otras personas, como su madre, quien no esta en condiciones de suministrarle al menor los primeros auxilios en caso de una crisis de su enfermedad, pues el factor de dependencia entre madre e hijo lo hace sumiso a los tratamientos y aminora su indisposición a los mismos.

La ruptura familiar conlleva un retroceso en su progreso de mejoría y adaptación, logrado hasta el momento, agravándose con la separación de su madre, lo que produciría un choque emocional que afectaría su salud psíquica.

No es posible el trasladar a su hijo a la ciudad de bahía solano ya que el departamento del

chocó en cualquiera de sus áreas geográficas no cuenta con las entidades de salud y equipos médicos que compitan con los establecidos en la ciudad de Neiva, en la prestación de los servicios de salud que su hijo requiere, mucho menos bahía solano, lugar de difícil acceso, que presenta un clima variable, con un alto índice de humedad, que aún con extremos cuidados no le brindaría una garantía de preservación de su salud, no siendo tampoco favorable la situación de orden público debido a la presencia de diferentes grupos armados al margen de la ley.

c) Protección especial a la mujer cabeza de familia:

Se acredita su condición de mujer cabeza de familia a quien por mandato constitucional se le debe brindar especial protección. El traslado, de acuerdo a lo planteado por la demandante, le desconoce en su integridad los mandatos constitucionales que ordenan protegerle sus derechos.

Su hoja de vida es fiel reflejo del idóneo y cabal cumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas, habiendo sido exaltada con el nombramiento de Jefe de Unidad de Fiscalías Seccional Pitalito, jerarquía a la que renunció en pro de la salud de su hijo y que hoy la entidad demandada le conculca sin reparo alguno por razones de política de Estado frente al problema de orden público, manejo y decisiones en procesos penales donde se investigan delitos contra la seguridad del estado y donde los sindicatos presuntamente sean integrantes de un grupo subversivo de las FARC, directrices que desconocen los fines de la justicia y la función legal y constitucional encomendada al ente acusador.

La demandante solicita suspender en forma definitiva la aplicación de la resolución vulneradora de derechos fundamentales por ser contraria a la constitución y a la ley, y en consecuencia se que se le ratifique en el cargo que desempeñaba en la seccional de Neiva.

1.3. Pruebas aportadas por el demandante.

* Resolución de la Fiscalía General de la Nación No. 2-2485 de 22 de septiembre de 2004;

* Hoja de vida de la demandante;

- * Registro Civil de nacimiento de ANDRES FELIPE VARGAS CUELLAR;
- * Certificación médica expedida por el colegio ANGLOCANADIENSE donde cursa estudios primarios el menor Andrés Felipe Vargas Cuellar;
- * Dictamen emitido por la psicóloga Deovanny Chavarro Rojas;
- * Fotocopia autenticada de la sentencia de divorcio emanada del Juzgado primero promiscuo de Familia de Pitalito, Huila;
- * Fotocopia de los pagos realizados al Fondo Nacional de Ahorro para cancelar deuda por financiación en adquisición de vivienda.

1.4. Contestación de las autoridades demandadas

La Fiscalía General de la Nación en oportuna réplica de la tutela manifiesta que es improcedente la acción instaurada porque la demandante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, eficaz, idóneo y suficiente: el ejercicio de la acción ante el Contencioso Administrativo que es la jurisdicción competente para declarar la nulidad de los actos administrativos de traslado, que gozan de presunción de legalidad. Igualmente sostiene que es la mencionada corporación a la que le corresponde conocer de las posibles desviaciones de poder.

La contestación de la tutela argumenta que la acción es improcedente como mecanismo transitorio porque no se configura un perjuicio irremediable ya que no se encuentra un mínimo de evidencia fáctica que permita concluir que se le esta lesionando o que se encuentre amenazado algún derecho fundamental.

La entidad demandada considera que en ningún momento ha vulnerado derecho fundamental alguno, pues el acto administrativo de traslado goza de presunción de legalidad y surgió por una necesidad del servicio. Así mismo la entidad considera que el traslado de la demandante no vulnera la armonía y unidad de vida familiar, porque la unidad familiar no se refiere simplemente a la unidad física (techo y lecho) sino que implica lazos espirituales que irradian amor y afecto para lo que no existen lejanía ni imposibilidad en la distancia por lo que no se considera que exista una desintegración del núcleo familiar.

Igualmente la contestación de la tutela planteó que es función de la Fiscalía General de la Nación prestar debida administración de justicia en todo el país y la demandante tiene la posibilidad de escoger lo mejor para su hijo, quien en todo caso tiene acceso a los servicios de salud en el lugar donde se encuentre.

1.5 Pruebas decretadas por el juez de primera instancia

El juez de primera instancia decretó como pruebas todas las aportadas por la demandante excepto la solicitud a la Dirección Seccional de la Fiscalía de Neiva para certificar qué fiscalías se encontraban vacantes en la ciudad o con nombramiento provisional o por encargo por considerar que existían suficientes elementos para determinar sobre la vulneración de derechos fundamentales.

Igualmente practicaron las siguientes pruebas:

Declaración rendida el 5 de octubre de 2004 por Carlos Enrique Vásquez Méndez, médico pediatra del menor;

Resumen de la historia Clínica aportado por Carlos Enrique Vásquez Méndez, médico pediatra de la Universidad Nacional;

Resolución 2-2589 de la Fiscalía General de la Nación, 5 de octubre de 2004 que rechaza el recurso de reposición contra resolución 2-2485 en virtud de numeral 1 Art. 62 CCA, y igualmente el de apelación por improcedentes;

Historia Clínica básica de Andrés Felipe Vargas Cuellar de jueves 27 de junio de 2002, Octubre de 2002, miércoles 1 de enero de 2003 y 16 de mayo de 2003.

2. Decisión del juez de primera instancia

El Tribunal Superior de Neiva, Sala primera Civil, Familia, Laboral en sentencia del 12 de octubre de 2004 decidió conceder la tutela por considerar que el traslado vulnera la unidad familiar de la demandante y lesiona de manera definitiva la salud del menor.

Igualmente el Tribunal consideró que no se adujo prueba sobre las necesidades del servicio que motivaron el traslado de la fiscal y que dada la perentoriedad de la orden emitida y el

término allí establecido para su cumplimiento, 5 días, es claro que no existía otro recurso o medio de defensa lo suficientemente idóneo. El tiempo que comporta una acción de nulidad y restablecimiento del derecho hace obvio que no es eficaz para los cinco días que le dieron para el traslado.

El Tribunal reiteró los límites de la discrecionalidad de traslado de funcionarios establecidos en la sentencia C-443-97 que plantean que existen unos límites objetivos y subjetivos que se deben tener en cuenta para el traslado de un funcionario: 1) la necesidad del servicio obedeciendo a razones ecuanímes imparciales y honestas que la fundamenten; 2) la evaluación de ciertas condiciones subjetivas del trabajador ya que no se le puede imponer una dificultad material de tanta magnitud que el desplazamiento de sede se convierta en una verdadera imposibilidad de ejercer la función en el nuevo lugar, ni tampoco que el traslado implique condiciones menos favorables para el empleado. (Art.30 Decreto 1950 de 1973). Las condiciones denominadas como menos favorables también incluyen seguridad social del empleado, el bienestar que comprende el grupo familiar, el medio en el cual vive y sus incidencias económicas. El Tribunal consideró que las anteriores condiciones objetivas y subjetivas no fueron tomadas en cuenta por la Fiscalía General de la Nación en la decisión de traslado de la señora Cuellar.

3. Impugnación

La decisión de primera instancia fue impugnada por la parte demandada reiterando los argumentos planteados en la contestación de la tutela y añadiendo que no hay perjuicio inminente ya que el hecho de que la doctora Cuellar esté divorciada y que su hijo este recibiendo un tratamiento médico no son aspectos que configuren la gravedad de la medida adoptada.

4. Decisión de juez de segunda instancia

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia del 23 de noviembre de 2004 decidió revocar la decisión de primera instancia y negar la tutela por considerar que sólo a través del desarrollo de un proceso Contencioso Administrativo podría declararse la nulidad del acto administrativo producto de un abuso de poder ya que al juez de tutela le esta vedado injerirse en actuaciones de competencia de otro juez.

Respecto de los derechos a la protección a la niñez y a la mujer cabeza de familia invocados por la demandante la Corte Suprema de Justicia consideró que la medida adoptada por la Fiscalía General de la Nación no generaba un perjuicio irremediable ya que el daño que da origen al amparo constitucional debe ser de tal envergadura que de no ordenar la suspensión del acto, se provocaría al petente del amparo, un menoscabo imborrable e irreparable. Así el tratamiento del menor supone fundamentalmente que se le den los medicamentos que necesita, medicamentos y servicio de salud que existen en el lugar al que ha sido trasladada la fiscal. Adicionalmente el médico del menor en ningún momento advierte que el traslado al Chocó ponga en peligro la vida de éste por lo que no se entiende que se ha configurado un perjuicio irremediable.

Por otro lado el tribunal de segunda instancia consideró que la separación física del padre y el hijo ya es una realidad y que la familia como tal no se configura simplemente por la permanencia de sus miembros bajo un mismo techo, sino por una afectividad que implica lazos trascendentes, que en muchas ocasiones se afianzan con la separación física por lo que la medida no afecta la unidad familiar como sí lo consideró la sentencia de primera instancia.

II. Consideraciones y Fundamentos

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero, y 241, numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas jurídicos a resolver

¿Se vulnera el derecho a una especial protección a los menores y el derecho al trabajo cuando una orden de traslado reubica a una fiscal, en un lugar que presenta condiciones adversas para la salud de su hijo?

Para resolver el problema jurídico se procederá a reiterar el concepto de *ius variandi* planteado por esta corporación analizando cuándo es procedente la acción de tutela como

mecanismo excepcional frente a las órdenes de traslado laboral. Una vez establecidos los requisitos se procederá a analizar cada uno de éstos en el caso en concreto. Dentro de la revisión se analizará el traslado a la luz del derecho a la salud de los menores y la ruptura de la unidad familiar. Igualmente se reiterará la jurisprudencia respecto de los límites del ius variandi en las entidades de planta global y flexible.

3. Concepto de ius variandi

El ius variandi es la facultad que tiene todo patrono de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo del empleado dentro de unos criterios de razonabilidad y justicia preservando el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y la seguridad del trabajador², alternado unilateralmente aspectos no sustanciales de la relación laboral.

El ius variandi se encuentra limitado por el artículo 25 de la Carta que exige para el trabajo condiciones dignas y justas así como por los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 533. El patrono al hacer uso de la facultad debe tener en cuenta las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su salud y la de sus allegados, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado, entre otros aspectos⁴. El empleador debe tener presente que a la hora de realizar un traslado no pueden desmejorar las condiciones laborales del empleado lo cual incluye consideraciones de naturaleza tanto objetivas como subjetivas, estas últimas relacionadas con obligaciones familiares o especiales circunstancias personales o sociales, y, aquellas, que involucran el salario, la categoría de los empleos o las condiciones materiales del empleo. Adicionalmente, el movimiento de personal comentado no proviene de un poder discrecional o arbitrario de la administración, puesto que de una parte se deben consultar las “necesidades del servicio”, y de otra, no puede implicar condiciones menos favorables para el empleado⁵.

La jurisprudencia ha establecido frente al ius variandi en la entidades públicas que:

En lo referente a entidades públicas, los expresados límites de ius variandi no pueden entenderse como la pérdida de la autonomía que corresponde al nominador en cuanto al manejo del personal a su cargo, ni como la absoluta imposibilidad de ordenar traslados, pues éstos resultan indispensables para el adecuado desarrollo de la función pública y para la oportuna atención de las necesidades del servicio.

Adicionalmente, por razón de la naturaleza y la finalidad de sus funciones dentro de la estructura del aparato estatal, ciertos organismos y entidades deben gozar de un mayor grado de discrecionalidad para el ejercicio del *ius variandi*. Tal es el caso de la Policía, el Ejército, los entes investigativos y de seguridad, entre otros⁶.

De acuerdo a lo anterior el poder de dirección del empleador se encuentra limitado tanto por el ordenamiento laboral como por la Constitución⁷ pero el ámbito de discrecionalidad razonada en las decisiones de traslado dependerá de la naturaleza de las entidades, es decir si se trata de una empresa privada o de una empresa pública o si la entidad consta de una planta de personal de naturaleza global y flexible como se analizará en el aparte 3.4.1 de esta providencia.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tratado en varias ocasiones casos en los que se revisan traslados de la Fiscalía General de Nación. En sentencia T-839 de 1999⁸ el traslado de un fiscal creaba graves problemas de salud a su hija pues ésta necesitaba tratamientos médicos constantes que no eran asequibles en el nuevo lugar de trabajo. En este caso la Corte concedió la tutela como mecanismo transitorio revocando la orden de traslado. De igual manera en sentencia T-1656 de 2009⁹ se concedió la tutela como mecanismo transitorio hasta que el Contencioso Administrativo se pronunciara sobre el traslado de un fiscal a una zona en donde ya había laborado pero de la cual había tenido que salir por amenazas contra su vida. En sentencia T-209 de 2001¹⁰ se consideró un caso en el que el demandante sufría de hemorroides y aducía que su traslado le vulneraba su derecho a la salud, la Corte no encontró que su derecho a la salud se estuviera vulnerado ya que su condición no le impedía trabajar en el nuevo lugar asignado. En sentencia T-825 de 2003¹¹ se concedió la tutela de manera definitiva a un fiscal a quien el traslado de lugar de trabajo le había comprometido su unidad familiar y la salud de sus hijos. Igualmente en sentencia T-165 de 2004¹² la tutela se concedió de forma definitiva cuando se comprobó que el traslado intempestivo de un fiscal había comprometido la salud de su hijo, quien sufría de problemas emocionales y de adaptación, al igual que la unidad familiar del demandante.

3.1. La acción de tutela como mecanismo excepcional frente a las decisiones de traslado laboral.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que:

En algunos eventos y de manera excepcional la tutela puede convertirse en el mecanismo idóneo para controvertir una orden de traslado. Pero la procedencia de la acción sólo opera cuando (1) 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 requerido¹⁶; (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 superables¹⁷; (3) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia¹⁸. No sobra advertir que, para que la acción de tutela pueda proceder, las circunstancias alegadas deben encontrar pleno respaldo probatorio en el correspondiente expediente¹⁹ lo contrario significa una intromisión ilegítima en la competencia del juez administrativo.²⁰

La jurisprudencia ha concedido de manera definitiva varias tutelas que comprometían la vulneración de derechos fundamentales así en sentencia T-825 de 2003 MP: Clara Inés Vargas se hizo un recuento de algunas de estas de la siguiente manera:

“En este sentido, la Corte ha concedido el amparo cuando encuentra demostrada la difícil situación que genera un traslado laboral o la negativa para otorgarlo, con independencia de si se trata de un trabajador público o privado, pero se ha abstenido de hacerlo ante la insuficiencia de soporte probatorio, en virtud de la existencia de otros medios de defensa judicial.

7.1.- Por ejemplo, en la Sentencia T-593/92 concedió la tutela a la trabajadora de una empresa particular que había sido trasladada de Bogotá a Melgar, debido a que en la primera ciudad residían sus cuatro hijos y dos de padecían graves problemas de salud.

Con la misma óptica, en la Sentencia T-447/94 la Corte protegió a una docente que pretendía su traslado y el de su cónyuge –también docente- a la ciudad de Bogotá, pues aunque su hija sufría microcefalia y presentaba problemas de aprendizaje, la Secretaría de Educación de Cundinamarca no había tenido en cuenta esa especial condición.

Siguiendo esta línea, en la sentencia T-514/96 la Corte concedió la tutela a dos docentes que habían sido trasladados, pero que padecían serios quebrantos de salud debidamente acreditados: uno sufría cáncer y el otro hipertensión arterial severa y problemas en su columna vertebral.

De manera similar, en la sentencia T-503/99 se otorgó el amparo a un trabajador de una empresa privada que fue trasladado de Sincelejo a Riohacha. En aquella oportunidad la Corte pudo comprobar que con el paso del tiempo el cambio de sede había afectado el proceso de aprendizaje de uno de los hijos del demandante, debido a la ausencia del padre y el estrecho vínculo afectivo que los unía.”²¹

Dadas las características del caso en el que se ve comprometida la especial protección a la salud de un menor se desprende que éste amerita una decisión definitiva y no una medida transitoria ya que la vulneración de los derechos fundamentales del menor no tienen nada que ver con la legalidad del acto administrativo sino con las consecuencias que se derivan del traslado, lo cual compromete una situación definitiva y no transitoria.

3.2. Los requisitos para controvertir una orden de traslado por medio de la acción de tutela en el caso en concreto.

En el caso en concreto no se analizará si el acto administrativo de traslado se ha producido como consecuencia de una desviación de poder ya que la legalidad de los actos administrativos, como ha sido establecido, corresponde a la jurisdicción Contencioso Administrativa. Lo que compete analizar para el caso es si se configuran los requisitos mencionados para que la acción de tutela proceda de manera excepcional contra una orden de traslado laboral. Se encuentra que en este caso dos de los requisitos establecidos en la jurisprudencia se configuran de manera conjunta por lo que se analizarán de esa manera. El tercer elemento no será analizado por no aparecer en las consideraciones fácticas del caso y no ser los tres elementos mencionados requisitos concurrentes para que sea procedente la acción de tutela ya que con que se revise uno de estos es suficiente para que la acción sea procedente.

3.3. El traslado de la fiscal tiene como consecuencia necesaria la afectación de la salud de su hijo menor de siete de años.

El trabajo, no sólo como derecho fundamental sino también como obligación social, goza de una especial protección del Estado que supone, necesariamente, la garantía de su realización en condiciones dignas y justas (C.P. art. 25).²²

La facultad del *ius variandi* no es absoluta ya que está limitada por normas constitucionales como el respeto a la dignidad humana²³, y toda alteración de las condiciones de trabajo (v.gr. un traslado) está sujeta a la valoración de factores, como la situación familiar del empleado, su lugar y tiempo de trabajo, el rendimiento demostrado, el ingreso salarial y el estado de salud, entre otros²⁴ que en este caso se traducen en el estado de salud del hijo de la tutelante que se ve vulnerado con el traslado de su madre.

El caso en concreto configura dos situaciones especiales. La primera surge de la vulneración del derecho a la salud del menor con la decisión de traslado a su madre ya que como se ha establecido el menor sufre de asma-rinitis²⁵ y dentro de su tratamiento médico se ha establecido que éste debe abstenerse de habitar en zonas de alto grado de humedad como lo es el Departamento del Chocó. En Declaración rendida por Carlos Enrique Vásquez Méndez, médico pediatra del menor, el 5 de octubre de 2004 éste estableció que:

El manejo de la alergia respiratoria (rinitis-asma) que sufre Andrés Felipe lo he tenido que hacer en forma integral para poder tenerlo controlado en el momento, a parte de los medicamentos descritos (inhaladores, berodual y seretide y las tabletas de montelukast (singulair)), se han aplicado vacunas (influenza y neumococo) y control de factores medio ambientales, siendo los más importantes el evitar el polvo, el humo, la humedad y los cambios climáticos.

Se debe continuar con los inhaladores, el singulair y el control de los factores medio-ambientales descritos, hasta llegar alrededor de la pubertad más o menos 10 o 12 años, que es cuando se sabe el 80% de estos pacientes mejoran y se puede suspender el tratamiento.

De la declaración del médico pediatra que tiene como paciente al menor desde los dos años y de la historia clínica de éste aportada²⁶ en el proceso se desprende que el traslado del menor al Departamento del Chocó no sería apropiado para su estado de salud física ni mental ya que adicionalmente los informes psicológicos del menor presentan que:

El paciente presenta una serie de alteraciones que afectan su normal desempeño afectivo.

Manifestando estados de tristeza constantes, con una alta pérdida de su identidad en su entorno familiar, albergando sentimientos de frustración que ha venido mejorando durante el proceso de acompañamiento psicológico reforzado con la buena relación que actualmente mantienen sus padres brindándole un ambiente familiar propicio para el buen desarrollo integral. El niño presenta poca adaptabilidad social.

Conclusión: debido a la poca adaptabilidad que presenta el paciente resulta contraproducente sacarlo de su entorno familiar y social en el que se desenvuelve actualmente.

Es importante resaltar el vínculo afectivo con el padre puesto que el papel del padre es insustituible, para el buen desarrollo emocional y personal del niño.

Es primordial no separar al niño de su padre, porque rompería con el equilibrio emocional debido a la buena comunicación y apego existente entre ellos.

No se puede perder el proceso psicológico y seguimiento con el niño ya que se perdería los logros alcanzados hasta el momento.

La continuidad en sus estudios académicos podrían verse afectados puesto que el cambio de colegio generaría en el niño dificultad en la adaptabilidad y buen desempeño escolar²⁷.

Lo anterior demuestra que la orden de traslado de la madre de Andrés Felipe Vargas Cuellar afecta múltiples aspectos del derecho a la salud de un niño menor de siete años.

La segunda situación que se configura con la decisión de traslado comprende la separación del menor de su madre. Además el traslado ha generado una separación indeseada de su familia ya que las condiciones de salud del hijo de la señora Cuellar han hecho que a éste no le sea posible trasladarse a Bahía Solano con su madre. En el caso se configura una vulneración de doble vía ya que por un lado se le está privando la posibilidad al menor de seguir al lado de su madre y de otro lado se le niega la posibilidad a la madre de continuar al lado de su hijo. Sumado a lo anterior no se puede desconocer que el menor Andres Felipe es un sujeto de especial protección constitucional, en su calidad de niño y en virtud del artículo 44 de la Constitución.

La protección que otorga a la familia la Constitución, los Tratados Internacionales²⁸, las

Declaraciones Internacionales y la ley, se dirige preferencialmente al menor.

La Constitución Política, en su artículo 44, establece los derechos fundamentales de los niños, recayendo sobre la familia, la sociedad y el Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. La norma estableció que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás.

De acuerdo a la anterior jurisprudencia se hace evidente que la separación de la señora Cuellar de su hijo no se ha debido a una decisión que se desprenda de su voluntad sino que se deriva específicamente de la decisión de traslado, y tomando en cuenta el estado de salud del menor no se puede hablar de una situación superable ya que éste definitivamente no puede habitar una zona de tan alto grado de humedad. La decisión de traslado de la Señora Cuellar ha configurado una violación de sus derechos fundamentales al trabajo y ha desconocido la especial protección constitucional tanto para los niños como para la familia en virtud del artículo 42 de la Constitución.

3.4. La adopción del acto administrativo de forma intempestiva tiene como consecuencia necesaria la ruptura del núcleo familiar de la demandante de manera definitiva y derivada expresamente de su traslado como una situación que no es superable.

Sobre este requisito la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que:

“La intervención del juez de tutela está condicionada entonces, al análisis de las circunstancias que rodean cada caso individualmente considerado y depende de la presencia y debida acreditación²⁹ de elementos que constituyan una situación excepcional que amenace o vulnere de forma grave los derechos del trabajador o de su núcleo familiar.

En esta medida, no toda implicación de orden familiar y económico del trabajador causada por el traslado tiene relevancia constitucional para determinar la necesidad del amparo, sino solamente aquellas que afecten de manera grave su situación personal o familiar. De lo contrario, en la práctica se haría imposible la reubicación de los funcionarios de acuerdo con las necesidades y objetivos de la entidad empleadora. Por esta razón, las limitaciones para la procedencia de la tutela están orientadas a evitar que cualquier implicación de orden familiar y económico del trabajador causada por su traslado³⁰, imposibilite la reubicación de funcionarios o trabajadores, necesaria para satisfacer los objetivos y requerimientos de la

entidad empleadora³¹.

En lo concerniente a la ruptura familiar, la Sala estima importante precisar que la sola desintegración del núcleo familiar no implica por sí misma la procedencia de la tutela. En efecto, si, por ejemplo, el traslado es necesario en virtud de las necesidades del servicio, si el acto no es arbitrario ni intempestivo y si la afectación de la unidad familiar no es grave o se enmarca en una circunstancia que puede ser superable, el ejercicio del ius variandi es legítimo e incluso deseable en los eventos en que el acto del traslado constituye un desarrollo del principio de solidaridad.

En consecuencia, la procedencia de la tutela en los eventos en que se genera una separación familiar con ocasión de un traslado laboral está supeditada a que aparezcan probadas afectaciones graves a los derechos fundamentales de los empleados o de quienes dependen de ellos³².

De acuerdo a lo anterior se debe tener en cuenta que no toda desintegración del núcleo familiar no implica por sí misma la procedencia de la acción de tutela sino sólo en aquellas circunstancias en que el acto que haya sido expedido de manera intempestiva no de la oportunidad de trasladar a la familia al nuevo lugar de trabajo o si la afectación de la unidad familiar no es grave o se enmarca en una circunstancia que pueda ser superada.

3.4.1. El ius variandi en las entidades de naturaleza de planta global y flexible.

La Fiscalía General de la Nación dentro de su autonomía administrativa, tiene la facultad de nombrar y remover, de conformidad con la ley a los empleados bajo su dependencia, obviamente, esta autonomía no es absoluta y esta limitada, en razón a la necesidad del servicio³³. Si bien las entidades de carácter público que tengan una naturaleza de planta global y flexible gozan de mayor discrecionalidad en el traslado de sus empleados el principio del ius variandi debe responder a criterios de razonabilidad donde han de respetarse los derechos constitucionales de los trabajadores³⁴.

La administración goza de discrecionalidad para decidir sobre la reubicación de su personal. No obstante, esta libertad se ve limitada de la siguiente manera: a) el traslado debe efectuarse a un cargo de la misma categoría y con funciones afines; b) para la concesión o la orden de traslado debe atenderse a las consecuencias que él puede producir para la salud

del funcionario; y c) en circunstancias especiales la administración debe consultar también los efectos que la reubicación del funcionario puede tener sobre el entorno del mismo³⁵.

Sin desconocer la potestad discrecional que tienen los entes públicos para distribuir geográficamente, de acuerdo con las necesidades del servicio, sus recursos físicos y el personal, es necesario admitir que tal potestad, como cualquiera otra, encuentra en los derechos fundamentales un límite que puede hacerse respetar por vía de tutela³⁶.

Igualmente ha de tenerse en cuenta que las decisiones discrecionales deben obedecer a criterios de razonabilidad en la medida en que el contenido de una decisión debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa³⁷. Una discrecionalidad absoluta se transforma en arbitrariedad y pone en estado de indefensión al afectado y por lo tanto constituye una violación al debido proceso. Es así como las órdenes de traslado deben estar motivadas y deben aparecer en la hoja de vida de los trasladados para que éstos puedan controvertir las decisiones. La omisión de motivación de un acto administrativo afecta la publicidad de los actos administrativos y por lo tanto el derecho al debido proceso³⁸.

En el caso en concreto se encuentra que la decisión del traslado de la señora Cuellar se ordenó para que en un plazo de cinco días se efectuara el cambio de lugar de trabajo y adicionalmente no se le comunicó en qué lugar estaría ubicada en el Chocó, configurándose una orden de carácter intempestivo. Además el acto administrativo- Resolución 2-2485 de 22 de septiembre de 2004- que ordenó el traslado de la Fiscal Gloria Lucia Cuellar Núñez no se encuentra motivado y si bien es cierto, como se ha expresado, que la Fiscalía General de la Nación como entidad pública que presta un servicio de carácter público tiene un mayor ámbito de discrecionalidad en la decisiones de reacomodación de sus trabajadores, lo anterior no es óbice para que la misma se abstenga de cumplir con los requisitos legales y constitucionales que deben regir sus actuaciones. La falta de motivación de un acto administrativo de esta naturaleza vulnera los derechos fundamentales al trabajo y al debido proceso. Lo anterior configura uno de los requisitos para que la acción de tutela sea procedente para controvertir las órdenes de traslado laboral: la adopción de un acto administrativo de manera intempestiva y sin el lleno de los requisitos derivados del debido proceso. Adicionalmente, se presentó una ruptura del núcleo familiar indeseada. Esta situación es difícilmente superable teniendo en cuenta que el hijo de la señora Cuellar no le

es posible habitar en la zona a la que ha sido trasladada y además las condiciones psicológicas del menor hacen que los cambios le produzcan graves consecuencias emocionales.

Al reunirse los requisitos establecidos por la jurisprudencia en el presente caso, se deberá revocar la decisión de segunda instancia y conceder el amparo solicitado. De acuerdo a lo anterior se procederá a revocar la Resolución de la Fiscalía General de la Nación, para ordenar a la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación, o quien tenga la facultad dentro de sus funciones, para que se le de un trato preferente a la Señora Cuellar y en cuanto se produzca la primera vacante que corresponda a un cargo equivalente al que venía desempeñando en la ciudad de Neiva se la deberá trasladar a éste o en el evento en que otro cargo de menor categoría este disponible se le deberá ofrecer a la tutelante y si ella decidiera aceptarlo se deberá ordenar su traslado. Como medida transitoria se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que en el evento en que al momento de la notificación de la presente providencia no existiera una vacante en la ciudad de Neiva se deberá trasladar preferentemente a la señora Cuellar, sólo hasta que exista una vacante en la ciudad de Neiva, a un lugar en el que ella, atendiendo a las consideraciones de la presente sentencia, pueda trasladarse con su hijo.

III. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la decisión de segunda instancia proferida el 23 de noviembre de 2004 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

SEGUNDO.- CONCEDER la acción de tutela y por lo tanto REVOCAR la Resolución de la Fiscalía General de la Nación, No. 2-2485 de 22 de septiembre de 2004, expedida por la Secretaría General, y ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación, Secretaria General, JUDITH MORANTE GARCIA, o a quien le corresponda dentro de sus funciones, que se le de un trato preferente a GLORIA LUCIA CUELLAR para que en cuanto se produzca la primera vacante que corresponda a un cargo equivalente al que venía desempeñando en la ciudad de Neiva se la nombre en éste. En el evento en que otro cargo de menor categoría este

disponible se le deberá ofrecer a la tutelante y si ella decidiera aceptarlo se deberá ordenar su traslado a dicho cargo, mientras se abre una vacante en un cargo equivalente al que tenía.

TERCERO.- ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación, Secretaría General que en el evento en que al momento de la notificación de la presente providencia no existiera una vacante en la ciudad de Neiva se deberá trasladar a GLORIA LUCIA CUELLAR, hasta que exista una vacante en la ciudad de Neiva, a un lugar en el que ella, atendiendo a las consideraciones de la presente sentencia, pueda trasladarse con su hijo sin vulnerar sus condiciones de salud física y psicológica.

CUARTO- ADVERTIR a la Fiscalía General de la Nación que para futuros traslados de la accionante deberá tener en cuenta la jurisprudencia reiterada en esta sentencia.

Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folio 38 de la demanda. Resolución No. DSF-0178 de septiembre 1 de 2003.

2 Sentencia T-407 de 1992. M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez

3 Sentencia T-016 de 1996 MP: José Gregorio Hernández: “Por una parte, la Corte considera que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución, debe preferirse la situación más favorable al trabajador en caso de duda al interpretar las fuentes formales del Derecho, motivo por el cual la ausencia de calificación judicial para la justa causa esgrimida por el nominador no podría entenderse como una autorización abierta para que éste proceda directamente al despido, la desmejora o el traslado, dejando sin ningún efecto la garantía constitucional del fuero sindical.” Reiterado en Sentencia T-256-03 MP: Rodrigo Escobar Gil.

4 Sentencia T-483 de 1993 MP: José Gregorio Hernández Galindo; reiterado en sentencias T-016 de 1995 MP: José Gregorio Hernández; T-113 de 1995 MP: Carlos Gaviria Díaz.

5 Sentencia T-715 de 1996 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 Sentencia T-615- de 1992 MP: José Gregorio Hernández. Reiterado en Sentencia T-532 de 1998 MP: Antonio Barrera Carbonell.

7 Sentencia T-362 de 1995 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

8 Sentencia T-839 de 1999 MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

9 Sentencia T-1656 de 2000 MP: Alfredo Beltrán Sierra.

10 Sentencia T-209 de 2001 MP: Alfredo Beltrán Sierra.

11 Sentencia T-825 de 2003 MP: Clara Inés Vargas.

12 Sentencia T-165 de 2004 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

13 Sentencia T-346 de 2001 MP: Jaime Araújo Rentería.

14 Sentencia T-514 de 1996 MP: José Gregorio Hernández.

15 Sentencia T-514 de 1996 MP: José Gregorio Hernández.

16 Sentencias, T-330 de 1993 MP: Alejandro Martínez Caballero, T-483 de 1993 MP: José Gregorio Hernández Galindo, T-131 de 1995 MP: Jorge Arango Mejía, T-181 de 1996 MP: Alejandro Martínez Caballero, T-514 de 1996 MP: José Gregorio Hernández Galindo, T-516 de 1997 MP: Hernando Herrera Vergara, T-208 de 1998 MP: Fabio Morón Díaz y T-532 de 1998 MP: Antonio Barrera Carbonell.

17 Sentencia T-503 de 1999 MP: Carlos Gaviria Díaz.

18 Sentencia T-120 de 1997 MP: Carlos Gaviria Díaz; T-532 de 1996 MP: Antonio Barrera Carbonell.

19 Sentencia T-532 de 1998 MP: Antonio Barrera Carbonell; T-353 de 1999 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

20 Sentencias T-965 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, T-346 de 2001 MP: Jaime Araújo Rentarías, T-256 de 2003 MP: Rodrigo Escobar Gil, Sentencia T-825 de 2003 MP: Clara Inés Vargas; T-165 de 2004 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

21 Sentencia T-825 de 2003 MP: Clara Inés Vargas.

22 Sentencia T-026 de 2002 MP: Eduardo Montealegre Lynett: En cuanto tiene que ver con este último, el derecho del trabajador a disfrutar de un ambiente propicio, libre de amenazas de orden físico y moral, y la obligación correlativa del Estado de garantizarlo, la Corte ha señalado lo siguiente:

23 Sentencia T-483 de 1993 MP. José Gregorio Hernández Galindo.

24 Sentencia T-026 de 2002 MP: Eduardo Montealegre Lynett.

25 Dentro del expediente obra prueba suficiente para establecer la enfermedad del menor así se encuentra que desde 1997 la demandante le ha pedido en varias oportunidades permisos para ausentarse de su trabajo debido a las complicaciones de la enfermedad de su hijo, folios 108-168 de la demanda.

26 Folio 119 de la demanda: constancia de la Clínica de Neiva, febrero 15 de 1999, que indica el cuadro viral de Andrés Felipe Vargas, por lo que no se recomienda la práctica de la

intervención quirúrgica; Folio 122 de la demanda: Diagnostico de la doctora Fanny Aleida Caicedo, Consultorio de Terapia respiratoria, 18 de noviembre de 1998, a Andrés Felipe Vargas Cuellar: paciente a quien se le realiza 4 sesiones de terapia respiratoria con identificación de bronquitis y hiper-reactividad bronquial; Folio 123 - 125 de la demanda: Certificación de Médicos Asociados S.A. en la que consta que Andrés Felipe vargas Cuellar estuvo hospitalizado en la Clínica Federman, del 14 de noviembre al 18 de noviembre de 1998 por bronconeumonía. Se recomienda no viajar antes del 22 de noviembre de 1998.; Folio 404 de la demanda: Certificación del médico CARLOS ENRIQUE VASQUEZ MENDEZ del 24 de octubre de 2004, pediatra de la Universidad Nacional: consta que el niño es paciente de éste desde su nacimiento. Ha presentado alergia respiratoria (nasal y pulmonar) desde los dos años, por lo cual ha requerido varias hospitalizaciones y viene siendo manejado con inhaladores y medicamentos, es susceptible a factores ambientales como el polvo, cambios climáticos y humedad alta; Folio 45 de cuaderno de primera instancia: Resumen de la historia Clínica aportado por Carlos Enrique Vásquez Méndez, médico pediatra de la Universidad Nacional.

“Desde los 18 meses comienza a presentar estados gripales a repetición, otitis media recurrente siendo manejada con múltiples antibióticos y antihistamínicos.

Se práctica R.X. de Cavun Faringe que mostró hipertrofia de adenoides por lo cual se practico adenoidectomia a los dos años de vida, se DX. Alergia respiratoria y asma bronquial desde los dos años de vida para lo cual ha venido siendo manejada con inhaladores, antihistamínicos e inhibidor de leucotrienos más control medio ambiental, ha requerido 5 hospitalizaciones por síndrome febril, bronconeumonía y síndrome bronco obstructivo se han tomado exámenes de laboratorio RX. Tórax que ha mostrado reforzamiento de la trama broncovascular e inmunoglobina serica aumentada ha venido evolucionando satisfactoriamente por adecuado ajuste al tratamiento con recaídas ocasionales.

DX, rinitis y asma controlados.

Este paciente debe seguir siendo manejado como hasta el momento con inhaladores, berodual, seretide y singulair, además como parte importante de su tratamiento integral debe evitar factores ambientales como la humedad el polvo el humo y los cambios climáticos para así evitar recaídas.”; Folio 52. Historia Clínica básica de Andrés Felipe Básica: jueves 27

de junio de 2002. consulta particular. Enfermedad actual: paciente que viene a control por su alergia respiratoria. Rinitis y asma. Viene recibiendo berodual y seretide. Presento recaída hace quince días y fue hospitalizado, se tomo RX de cavum faringeo que mostró hipertrofia de adenoides. Ahora afebril hidratado. Rinorrea mucosa obstrucción nasal. Cornetes pálidos e hipertroficados. Roncus y sibilancias bilaterales. Plan se formula loracert berodual y seretide. Se remite a otorrino para cirugía de adenoides”; Folio 53 del cuaderno de primera instancia: Historia Clínica básica de Andrés Felipe: “miércoles 1 de enero de 2003. Viene a control por rinitis y asma. Se le practico adenoidectomia ahora respira mejor y no ha vuelto a tener otitis media. EF Rinorrea mucosa cornetes pálidos. Roncus bilaterales y sibilancias escasas. Se continúa con inhalador de berodual seretide y singulair tabletas. Se recomienda evitar cambios climáticos, la humedad el polvo y evitar estados gripales. Aplica vacuna de neumococo y antigripal.”; Folio 53 del cuaderno de primera instancia. Octubre de 2002. “Evolución: consulta por presentar otalgia y fiebre de 3 días de evolución. Ha recibido acetaminofen. Al EF se le aplica febril hidratado. Tímpano derecho congestivo muy abombado. Roncus bilaterales y rinorrea mucosa. Diagnóstico otitis media, rinitis, asma, plan, amoxal. Continuar inhalador berodual y control de polvo y humedad.”; Folio 54 del cuaderno de primera instancia. 10 de febrero de 2003. “Viene a control por SBO recibe inhalador seretide berodual ha mejorado EF. Roncus escasos P. flujo pico 225. continúa inhaladores y singulair. P18 T 110. berodual flixtide singulair.”

27 Folios 406-407 de la demanda. Informe psicológico presentado por la Doctora Deovanny Chavarro Rojas.

28 La prevalencia de los derechos de los niños está consignada en la Declaración de los Derechos del Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 que estableció:

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

De igual manera la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño con vigor para Colombia el 27 de febrero de 1991, mediante Decreto 94 de 1992, consagró:

“Artículo 8.

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.”

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

Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado (Subrayas no originales).

29 Al respecto, ver las Sentencias T-532 de 1998 y T-353 de 1999.

30 Consultar al respecto las., Sentencias T-353 de 1999, T-288 de 1998, T-715 de 1996, T-311 de 1993 y T-615 de 1992, entre muchas otras. Con fundamento en esta línea jurisprudencial, han sido negadas solicitudes de tutela cuando las actividades escolares de los niños dificultan su mudanza, cuando el estado de embarazo de la cónyuge de un trabajador impide el desplazamiento inmediato, o cuando los padres del servidor son de avanzada edad.

31 Ver la Sentencia T-1498 de 2000. En esta ocasión, la Corte resaltó que “en la práctica se haría imposible la reubicación de los funcionarios de acuerdo con las necesidades y objetivos de la entidad empleadora”

32 Sentencia T-1156 de 2004 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra

33 Sentencia T-209 de 2001 MP: Alfredo Beltrán Sierra: “3.3. Lo primero que ha de advertirse, es que la Fiscalía General de la Nación dentro de su autonomía administrativa, tiene la facultad de nombrar y remover, de conformidad con la ley a los empleados bajo su dependencia, obviamente, esta autonomía no es absoluta y esta limitada, en razón a la necesidad del servicio. Así lo ha manifestado esta Corporación en múltiples de sus fallos, en donde ha dicho que:

“.....el llamado jus variandi -entendido como la facultad que tiene el patrono de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo del mismo, en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores- está “determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa” (se subraya) y que de todas maneras “habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y la seguridad del trabajador” (Corte Constitucional. Sentencia T-407 de junio 5 de 1992).

“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. En últimas, debe tomar en cuenta que mediante aquella no queda revestido de unas atribuciones omnímodas que toman al trabajador como simple pieza integrante de la totalidad sino como ser humano libre, responsable y digno en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva a cargo del patrono” (Subrayado fuera del texto) (Corte Constitucional, Sentencia. T-483 de 1993).

34 Sentencia T-752 de 2001 MP: Rodrigo Escobar Gil: “El Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., es un ente de carácter nacional, cuya labor de investigación es fundamental para la seguridad nacional en sus diferentes aspectos. Es por ello, que el recurrir al principio del ius variandi, en aras de lograr un mejor nivel en la prestación de sus servicios, y ello significa, que dicho principio no puede sustentarse en la arbitrariedad sino en la discrecionalidad, pues ante todo, deben primar los derechos constitucionales de los trabajadores que se ven involucrados en la decisión asumida por su empleador.”

35 Sentencia T-715 de 1996 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz: “La Corte se ha pronunciado ya en diversas ocasiones acerca de las circunstancias especiales que permiten a través de la tutela revocar un traslado laboral. Así, cuando se trata de la salud del mismo funcionario, la

Corte ha considerado que la tutela es procedente para ordenar su traslado a una ciudad en donde pueda ser asistido debidamente – siempre y cuando exista una vacante en la que pueda ser reubicado – o para revocar la orden de traslado, cuando la localidad de destino carece de las condiciones necesarias para el cuidado médico del empleado. Así lo ha establecido en las sentencias de tutela T-330 de 1993, T-483 de 1993, T-131 de 1995, T-181 de 1996 y T-514 de 1996.

Sin embargo, cuando se ha solicitado la tutela con el argumento de que el traslado significa una ruptura de la unidad familiar – bien sea porque las actividades escolares de los niños dificultarían su mudanza, o bien porque los problemas del embarazo de la mujer le impiden desplazarse junto con su esposo, o bien porque los padres del funcionario son de avanzada edad – ésta ha sido negada. Así se ha dispuesto, por ejemplo, en las sentencias T-615 de 1992 y T-311 de 1993. En esta última, se precisa: “Desde luego, las dificultades propias de estas situaciones [relacionadas con el traslado] no hacen que se produzca la violación a los citados derechos fundamentales de los menores; éstas son, en buena medida, una carga que se debe soportar cuando se está vinculado a la administración en cargos como el de la señora María G. Méndez y, en consecuencia, se debe responder a ella con objetividad”.

Igualmente, la tutela ha sido negada cuando se ha invocado como motivo que el traslado de localidad o de horario de trabajo significa para el funcionario el abandono de sus estudios, en desmedro de su derecho a la educación. Así se resolvió en las sentencias T-362 de 1995 y T-016 de 1995.

36 Sentencia T-839 de 1999 MP: Vladimiro Naranjo Mesa: “...la facultad del empleador de trasladar a sus trabajadores no es absoluta, pues encuentra sus límites en las disposiciones de la Constitución Política que exigen que el trabajo debe desarrollarse en condiciones dignas y justas y bajo los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53. En su jurisprudencia, la Corte ha señalado que la facultad discrecional de la administración para modificar la ubicación territorial de sus funcionarios no puede ser utilizada en forma arbitraria,³⁶ y que, en caso de que así lo sea, podrá ser acusada, en situaciones especiales, por medio de la acción de tutela. Ello significa, en primera instancia, que los traslados solamente pueden realizarse a cargos equivalentes al original, es decir, a empleos de la misma categoría y con funciones afines. Y en segundo lugar, que en algunas ocasiones la decisión sobre el traslado deberá consultar el entorno social del trabajador, con el objeto de

evitar perjuicios considerables.” (Sentencia T-353/99 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)
(Subrayas fuera del original)

37 Sentencia T-016 de 1995 MP: José Gregorio Hernández; Sentencia T-165 de 2004 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra: El actual Código Contencioso Administrativo colombiano estableció la razonabilidad de las decisiones discrecionales en el artículo 36: “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

La Corte Constitucional ha sido exigente en el deber de motivar los actos administrativos. En la sentencia C-054 de 1996, se dijo que la motivación “no contradice disposición constitucional alguna y, por el contrario, desarrolla el principio de publicidad, al consagrar la obligación de expresar los motivos que llevan a una determinada decisión, como elemento esencial para procurar la interdicción de la arbitrariedad de la administración”.

38 Sentencia T-165 de 2004 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra: 4. Por otro aspecto, tanto la doctora Paredes como su esposo dicen que el traslado no tiene motivación, algo que está plenamente demostrado con la copia de la Resolución y las comunicaciones que contienen las órdenes de traslado. Esta omisión afecta la publicidad de los actos administrativos y por ende el derecho al debido proceso. Especialmente cuando como en el caso de la doctora Paredes, está amparada por el escalafón dentro de la estructura de la Fiscalía General de la Nación. La verdad es que no existe ninguna explicación razonable, ni formal ni material, para justificar el traslado.