



Sentencia 319 de 2016 Corte Constitucional

SENTENCIA T-319/16

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADOS DE ELLA-Protección nacional e internacional

A lo largo de la historia el derecho internacional ha creado múltiples instrumentos en los que se consagra el deber especial de protección de los niños, por cuanto éstos son titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores, de los cuales resulta que es innegable la obligación del Estado colombiano de propugnar por el cumplimiento de lo en ellos estatuido, toda vez que hacen parte del bloque de constitucionalidad, al tenor del artículo 93 Superior. Teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico tanto internacional como nacional, en procura de garantizar la protección especial de los niños, ha creado múltiples instrumentos y disposiciones encaminadas a propugnar por su desarrollo integral y su crecimiento bajo el cuidado de una familia, se colige que en los asuntos en que se involucre la protección del derecho prevaleciente y el interés superior del menor, se debe confrontar la particular situación de cada niño con los derechos que su condición le otorga, con el fin de lograr prerrogativas más favorables que deben ser garantizadas por la familia, por la sociedad y el Estado.

ACCION DE TUTELA PARA TRASLADO DE DOCENTE-Procedencia excepcional por vulneración de derechos del trabajador o su núcleo familiar

En tratándose de traslados laborales, específicamente, de docentes del sector público, la Corte Constitucional ha reiterado en múltiples sentencias que la tutela no es el mecanismo procedente para reclamar tal pretensión, pues el legislador ha previsto diferentes medios de defensa, como son las acciones laborales o la acción de nulidad y restablecimiento del derecho estatuidas como medios idóneos para formular esa clase de reclamos. Sin embargo, aunque lo dicho anteriormente constituye la regla general, esta Corporación ha reconocido algunos eventos en los cuales la tutela se torna procedente para solicitar traslados, como por ejemplo, cuando el juez constitucional encuentre acreditado “una amenaza o violación grave e irremediable a los derechos fundamentales del trabajador o de su núcleo familiar”.

IUS VARIANDI-Concepto

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

La potestad del traslado no es solo una herramienta que tiene el empleador para ajustar la planta de personal según las necesidades que imponga el servicio, pues, adicionalmente, es concebido como un derecho que tienen los trabajadores, el cual se encuentra relacionado con otros derechos fundamentales como la vida, la dignidad, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad, teniendo en cuenta que también puede ser solicitado por éstos para garantizar su seguridad, sus condiciones de salud, o el desarrollo integral de éstos y el de su familia. Sobre la base de lo expuesto, la discrecionalidad del ente nominador no solo debe atender los límites establecidos expresamente por la legislación, sino que también le incumbe garantizar la realización de los derechos fundamentales de los docentes conforme con los mandatos previstos en la Carta Fundamental.

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE DOCENTE-Orden a la Secretaría de Educación reubique a la accionante en una institución educativa cercana a su residencia, teniendo en cuenta la situación familiar

Referencia: expediente T-5.384.618

Demandado: Secretaría de Educación Departamental de Córdoba

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Gloria Stella Ortiz Delgado, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de la providencia dictada el 16 de octubre de 2015 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería, Sala Primera de Decisión Civil – Familia – Laboral, mediante la cual se confirmó el fallo dictado el 8 de septiembre de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, Córdoba, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Silvia Rosa Aguilar Aldana contra la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba.

El presente expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Dos, por medio de Auto de veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciséis (2016), y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

La demandante, Silvia Rosa Aguilar Aldana, actuando a nombre propio, impetró acción de tutela contra la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba, en procura de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a la unidad familiar, a la vida digna y al trabajo en condiciones dignas y las garantías fundamentales a la salud y a tener una familia y no ser separados de ella de sus hijos menores de edad, Gilberto Andrés Lambraño Aguilar y Olga Silvana Lambraño Aguilar, los cuales considera conculcados por la entidad accionada, al haberle negado su traslado como docente desde el establecimiento educativo en el que trabaja a una institución ubicada en un municipio cercano a la ciudad de Sincelejo.

2. Hechos

Se describen en la demanda, así:

2.1. La señora Silvia Rosa Aguilar Aldana, de 36 años de edad, manifiesta que es madre de los menores Gilberto Andrés Lambraño Aguilar y Olga Silvana Lambraño Aguilar, quienes cuentan con cinco y tres años de edad, respectivamente.

2.2. Sostiene que es docente de tiempo completo de educación básica primaria, nombrada en propiedad desde 2013 y que presta sus servicios en la Institución Educativa Santa Isabel del municipio de Puerto Escondido, Córdoba.

2.3. Indica que su cónyuge e hijos residen en Sincelejo y que debido a la distancia existente entre dicha ciudad y el municipio en el que labora, tan solo puede visitarlos durante los fines de semana.

2.4. Afirma que la circunstancia de residir distante de su núcleo familiar ha perjudicado la relación con su pareja y ha causado problemas psicológicos en sus hijos, especialmente, en Gilberto Andrés, quien padece severas crisis de constipación, negándose a realizar deposiciones mientras se encuentra al cuidado de su padre. Dicha complicación gastrointestinal fue catalogada, por los especialistas tratantes, como reacción psicológica de inseguridad y protesta por la ausencia de su madre.

2.5. Con fundamento en lo anterior, presentó petición ante la Secretaría de Educación Departamental de Córdoba, solicitando el traslado de la institución educativa en que labora a una ubicada en la ciudad de Sincelejo o algún municipio aledaño a esta, del que le sea posible el desplazamiento diario a la residencia familiar, como por ejemplo, el municipio de Chinú, Córdoba. Ello en aras de restablecer la unidad familiar.

2.6. La entidad accionada resolvió negativamente su solicitud, al considerar que la actora no ha agotado el procedimiento establecido en el artículo 5º del Decreto 520 de 2010 y que no existe un convenio interadministrativo entre el departamento de Córdoba y el municipio de Sincelejo.

3. Pretensiones

La demandante impetra la protección de sus derechos fundamentales a la unidad familiar, a la vida digna y al trabajo en condiciones dignas y las garantías fundamentales de sus hijos menores de edad, Gilberto Andrés Lambraño Aguilar y Olga Silvana Lambraño Aguilar a la salud y a tener una familia y no ser separados de ella y, en consecuencia, solicita que se ordene a la entidad accionada autorizar su traslado como docente a una institución educativa en un municipio aledaño a la ciudad de Sincelejo, cuya ubicación permita su desplazamiento diario a su residencia familiar.

4. Pruebas

A continuación se relacionan las pruebas relevantes que reposan en el expediente:

- Copia de la historia clínica del menor Gilberto Zambrano Aguilar, emitida por un pediatra gastroenterólogo y hepatólogo adscrito a la Organización Clínica General del Norte, fechada 29 de mayo de 2015, en la que consta que *“no hace deposición porque su madre está trabajando fuera del lugar de residencia”* (folio 9 del cuaderno 2).

- Copia del control de evolución del menor Gilberto Andrés Lambraño Aguilar, de fecha 23 de abril de 2015, emitido por un pediatra adscrito a la Clínica Las Peñitas S.A.S., en la que se verifica el diagnóstico de constipación y glosopexia y que requiere plan terapéutico por gastropediatria, valoración psicología y odotopediatria (folio 10 del cuaderno 2).

- Copia del control de evolución del menor Gilberto Andrés Lambraño Aguilar, fechado 6 de abril de 2015, emitido por un pediatra adscrito a la Clínica Las Peñitas S.A.S., en el que se evidencia que padece constipación e impetigo (folio 11 del cuaderno 2).

- Copia de la *“hoja de control”*, emitida por un psicólogo adscrito a la Clínica Las Peñitas S.A.S. de Sincelejo, de fecha 2 de mayo de 2014, en la que consta que Gilberto Lambraño Aguilar padece *“trastorno de atención y apatía escolar”* (folio 27 del cuaderno 2).

- Copia del resumen de atención de urgencias, fechado 6 de junio de 2015, emitido por un médico general adscrito a la Clínica Las Peñitas S.A.S., en la que consta que se le diagnosticó *“constipación”* (folio 30 del cuaderno 2).

- Copia del documento *“control por evolución”*, de fecha 23 de abril de 2015, emitido por un pediatra adscrito a la Clínica Las Peñitas S.A.S., el cual prueba que a la menor Olga Silvana Lambraño Aguilar le fue diagnosticado *“constipación”* (folio 31 del cuaderno 2).

- Informe de valoración emitido por la Directora-Orientadora Escolar y la Coordinadora Académica del Centro Educativo Liceo Nacional de Sincelejo, de fecha 24 de agosto de 2015, en el que se indica *“La niña Olga Silvana Lambraño Aguilar, estudiante del grado Pre-Jardín en el*

seguimiento que se le ha venido realizando en su proceso de aprendizaje durante el año escolar 2014 y primer semestre del año 2015, hemos notado que en su desempeño académico no ha alcanzado los logros propuestos en lo que corresponde a su parte cognitiva, se presume que puede ser por la falta de acompañamiento y presencia de la progenitora. Es una niña tímida, insegura, pacífica y se relaciona poco con sus compañeros de clase, en ocasiones manifiesta llantos sin tener motivo alguno" (folio 41 del cuaderno 2).

- Copia de la respuesta emitida por el Secretario de Educación Departamental de Córdoba, fechado 2 de julio de 2015, dirigida a la accionante, en la que informó que en aras de autorizar el traslado debe surtir el trámite consagrado en el artículo 5º del Decreto 520 de 17 de febrero de 2010 y debe existir un convenio interadministrativo entre las entidades territoriales Córdoba-Sucre o Córdoba-Sincelejo. Asimismo, sostuvo que debido a que actualmente se encuentra vigente la ley de garantías por las elecciones que se realizan en octubre, resulta imposible efectuar movimientos de personal (folio 42 del cuaderno 2).

- Copia de la solicitud de traslado docente presentada por la actora, dirigida al Secretario de Educación Departamental de Córdoba, de fecha 25 de junio de 2015 (folios 43 a 46 del cuaderno 2).

- Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, en la que consta que nació el 29 de junio de 1979 (folio 47 del cuaderno 2).

- Copia del Decreto 0074 de 31 de enero de 2013, proferido por el Gobernador del departamento de Córdoba, mediante el cual se nombró en propiedad a la actora (folios 48 y 49 del cuaderno 2).

- Copia del acta, de fecha 25 de febrero de 2013, la cual prueba que la accionante fue posesionada ante el gobernador de Córdoba para el cargo docente de educación básica primaria, en la Institución Educativa Santa Isabel del municipio de Puerto Escondido, Córdoba (folio 50 del cuaderno 2).

- Copia del certificado de residencia, proferido por el coordinador de la Oficina de Control y Vigilancia del municipio de Sincelejo, de fecha 5 de mayo de 2015, en el que se indica que la demandante reside en el municipio de Sincelejo, Sucre (folio 51 del cuaderno 2).

- Copia del registro civil de nacimiento del menor Gilberto Andrés Lambraño Pérez, el cual permite constatar que nació el 25 de noviembre de 2009 y que es hijo de Gilberto Enrique Lambraño Pérez y Silvia Rosa Aguilar Aldana (folio 52 de cuaderno 2).

- Copia del registro civil de nacimiento de la menor Olga Silvana Lambraño Aguilar, el cual acredita que nació el 4 de febrero de 2012 y que es hija de Gilberto Enrique Lambraño Pérez y Silvia Rosa Aguilar Aldana (folio 53 del cuaderno 2).

5. Respuesta de la entidad accionada

5.1. Secretaría de Educación Departamental de Córdoba

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el Secretario de Educación Departamental de Córdoba solicitó declarar improcedente la tutela *sub examine*.

Sostuvo que el artículo 5º del Decreto 520 de 2010, normativa aplicable en este caso no establece como causal para efectuar un traslado extraordinario, la integración del núcleo familiar o problemas de salud de los hijos.

En cuanto a la solicitud de traslado al municipio de Chinú, Córdoba, manifestó que no es procedente, toda vez que en dicho lugar se están liberando docentes de básica primaria, ya que la planta de cargos asignada es superior al número de profesores que actualmente se requiere para atender la población educativa matriculada.

Así las cosas, adujo que la accionante debe inscribirse al concurso ordinario de traslados para el año 2015, cuya convocatoria se abre en octubre.

Por lo que atañe a la presunta vulneración de los derechos a la dignidad humana y al trabajo en condiciones dignas, indicó que: *i)* la circunstancia de encontrarse distante de su familia obedece a una decisión propia y no a una imposición de la entidad; *ii)* la actora desarrolla un trabajo que le permite vivir dignamente y *iii)* tan solo un número muy reducido de docentes del departamento laboran en las ciudades o municipios de donde son oriundos.

Por último, precisó que la mayoría de traslados se causan, entre otros, por problemas de salud del docente, los cuales no se acreditan en el presente caso y que el derecho a la unidad familiar no es de índole fundamental.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REVISAS

1. Decisión de primera instancia

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, mediante sentencia proferida el 8 de septiembre de 2015, denegó el amparo pretendido por la señora Silvia Rosa Aguilar Aldana, por las razones que a continuación se reseñan.

Consideró que la accionante no ha agotado el procedimiento consagrado en el Decreto 520 de febrero 17 de 2010, aplicable para traslados de docentes, esto es, no se ha sometido a la reglamentación ni al procedimiento administrativo docente que pueda estudiar y decidir sobre su situación y la de su entorno familiar.

Por último, estimó que en el presente caso no se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable que torne viable la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio.

2. Impugnación

La actora impugnó dicho fallo argumentando que la sentencia emitida por el *a quo* es incongruente, toda vez que no se ajusta a los hechos que motivaron la tutela ni a los derechos invocados.

Ello por cuanto consideró que el fallador incurrió en una errónea valoración de su situación familiar, pues desestimó que desde finales de 2014 sus hijos han presentado problemas de salud como consecuencia de su ausencia, razón por la cual resultaría desproporcionado esperar a las results del proceso ordinario de traslado, pues la vulneración de las garantías fundamentales de los menores torna urgente y necesario el amparo.

3. Decisión de segunda instancia

La Sala Primera de Decisión Civil – Familia – Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, mediante sentencia emitida el 16 de octubre de 2015, confirmó la sentencia de primera instancia.

Lo anterior, por cuanto a su juicio, las afecciones de salud que padecen los menores no evidencian la necesidad de un cambio de sede de la accionante, máxime si se tiene en cuenta que durante la semana están bajo el cuidado de su padre y no de un tercero.

Por último, agregó que la accionante tiene la opción de inscribirse en el concurso de traslado para el año 2015.

(SIC)IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala, para revisar la sentencia proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería que, a su vez, confirmó la dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento de lo ordenado por el auto de 26 de febrero de 2016, proferido por la Sala de Selección número Dos.

2. Procedibilidad de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Carta establece que toda persona tendrá derecho a acudir a

la acción de tutela para reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, precepto que es desarrollado por el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, el cual dispone que:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por la señora Silvia Rosa Aguilar Aldana, a nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad Gilberto Andrés Lambraño Aguilar y Olga Silvana Lambraño Aguilar, quienes son menores de edad, razón por la cual la peticionaria está legitimada para actuar.

2.2. Legitimación pasiva

La Secretaría de Educación Departamental de Córdoba es una entidad encargada de regular lo concerniente al servicio público de educación, por tanto, en consonancia con el artículo 5º y el numeral 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, se encuentra legitimada como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en cuestión.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la unidad familiar, a la vida digna y al trabajo en condiciones dignas de la señora Silvia Rosa Aguilar Aldana y las garantías fundamentales a la salud y a tener una familia y no ser separado de ella de los menores Gilberto Andrés Lambraño Aguilar y Olga Silvana Lambraño Aguilar, al negar a la accionante el traslado como docente a una institución educativa en el municipio de Sincelejo u otro aledaño a este, que le permita atender diariamente las afecciones

psicológicas y físicas que padecen sus hijos.

Antes de abordar el caso concreto, se realizará un análisis jurisprudencial de temas como: *i)* el derecho fundamental de los niños a tener una familia y no ser separados de ella. Reiteración de jurisprudencia; *ii)* procedencia de la acción de tutela para debatir decisiones de traslado de docentes. Reiteración de jurisprudencia y; *iii)* el concepto de *ius variandi* y sus límites constitucionales, especialmente, en los casos de traslado de docentes. Reiteración de jurisprudencia.

4. El derecho fundamental de los niños a tener una familia y no ser separados de ella

Las condiciones de indefensión y vulnerabilidad en que se encuentran los niños, junto con la especial atención que requieren en su proceso de desarrollo y formación, los torna merecedores de un trato preferente, especial y prioritario, con la finalidad de garantizar su desarrollo armónico e integral.

En ese sentido, se ha señalado por este Tribunal que una de las principales manifestaciones de la prevalencia de los derechos de este grupo poblacional es el principio de preservación del interés superior del menor, tal como se colige de lo indicado en la sentencia T-510 de 2003¹, en la que se expresó que el mencionado principio *“refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, consistente en que al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad.”*

¿Qué significa que los niños sean titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores? La respuesta únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular. Esta Corte ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.

Esta regla no excluye, sin embargo, la existencia de parámetros generales que pueden tomarse en cuenta como criterios orientadores del análisis de casos individuales. En efecto, existen ciertos lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños, tanto a nivel general (en la Constitución, la ley y los tratados e instrumentos internacionales que regulan la situación de los menores de edad) como derivados de la resolución de casos particulares (es decir, de la jurisprudencia nacional e internacional aplicable), que sirven para guiar el estudio del interés superior de menores, en atención a las circunstancias de cada caso”.

Asimismo, es de resaltar que el principio de preservación del interés superior del menor se encuentra establecido en el artículo 8° del Código de la Infancia y la Adolescencia, del que se infiere que todas las personas están obligadas a satisfacer integralmente los derechos humanos de los niños, pues éstos gozan de carácter prevalente e interdependiente.

De igual manera, el artículo 9° del código citado señala que la prevalencia de los derechos de la población infantil consiste en que en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se deba adoptar y que esté relacionada con los niños, niñas y adolescentes, prevalecerán los derechos de éstos, máxime si se presenta un conflicto entre sus garantías fundamentales con los de cualquiera otra persona. Este aparte normativo, a su vez, indica que cuando existe un conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se debe hacer aplicación de la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente².

Entre los derechos de los menores señalados en el ordenamiento constitucional y que, por tanto, gozan de carácter prevalente, se encuentra la garantía a tener una familia y no ser separado de ella, así como el derecho al cuidado y al amor.

El Texto Superior consagra la obligación de la familia, de la sociedad y del Estado de asistir y proteger a los niños con el fin de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, máxime si se tiene en cuenta la situación de indefensión y vulnerabilidad a la que se encuentran sometidos.

Ahora bien, cabe destacar que a lo largo de la historia el derecho internacional ha creado múltiples instrumentos en los que se consagra el deber especial de protección de los niños, por cuanto éstos son titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores, de los cuales resulta que es innegable la obligación del Estado colombiano de propugnar por el cumplimiento de lo en ellos estatuido, toda vez que hacen parte del bloque de constitucionalidad, al tenor del artículo 93 Superior.

Entre los instrumentos internacionales en los que se les brinda una amplia protección a las garantías fundamentales de los menores, se destacan: la Declaración de Ginebra, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de los Niños, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Particular relevancia tiene, esta última Convención, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, en cuyos artículos 7^o, 8^o y 9^o se consagran los derechos de los niños a conocer a sus padres, a ser cuidados por éstos y a no ser separados de ellos, excepto cuando las circunstancias lo exijan en pro del interés superior del menor.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico interno tampoco ha sido ajeno a regular la garantía de los niños a tener una familia, pues, les ha brindado una protección de raigambre tanto constitucional como legal, particularmente, a partir de la Carta de 1991 y dentro del marco del Estado Social de Derecho, en el cual las garantías fundamentales de los menores han gozado de una protección constitucional especial.

Así, el Estatuto Superior dispone, en su artículo 5^o, que al ser la familia la institución básica de la sociedad, goza de protección por parte del Estado, lo cual se reafirma con lo establecido en el artículo 42^o.

Del mismo modo, el artículo 44^o Superior establece el derecho de la población infantil a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y al amor, con carácter fundamental. Adicionalmente, impuso a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger a los niños con el fin de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia incorporó, en su artículo 22^o, el derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y a no ser expulsados de ella, salvo que ésta no les garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos, conforme con los procedimientos establecidos para cada caso concreto.

La familia desempeña un papel fundamental en el desarrollo integral y protección de los niños, por cuanto es la base fundamental de su socialización y el apoyo fijo donde van aprendiendo a ser personas. Los vínculos emocionales existentes entre padres e hijos son la clave para el bienestar psicológico del menor, pues es precisamente en este escenario en el que el niño se relaciona por primera vez con los miembros de su especie y en donde desarrolla un comportamiento, tanto así que, tal como lo expresó la Corte en sentencia T-587 de 1998¹⁰, *“la negación del derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella puede implicar la trasgresión de los derechos fundamentales del menor, particularmente del derecho a la identidad personal, como quiera que la familia es el espacio natural de desarrollo del menor, a partir del cual el sujeto construye sus propios referentes de identificación personal y social, al tiempo que satisface las necesidades afectivas, económicas, educativas y formativas de los niños”*.

De igual manera, esta Corporación, reafirmando la incuestionable preponderancia del ámbito familiar en el desarrollo del menor, precisó *“Son los nexos familiares los primeros que se construyen y a partir de los mismos se apropian niñas y niños del lenguaje, construyen su propio mundo y comienzan a relacionarse con el mundo que los rodea. Gran parte de la autoestima de los menores y de la seguridad en sí mismos depende de la forma como se tejan los vínculos familiares. Un niño rodeado del amor y del bienestar que le pueda brindar su familia suele ser un niño abierto a los demás y solidario. De ahí la necesidad de procurar un ambiente propicio para que los vínculos familiares se construyan con fundamento en condiciones positivas para el desarrollo integral de las niñas y de los niños y de ahí también la importancia que confiere la Constitución a la protección de la familia”*¹¹.

De acuerdo con lo expuesto, y teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico tanto internacional como nacional, en procura de garantizar la protección especial de los niños, ha creado múltiples instrumentos y disposiciones encaminadas a propugnar por su desarrollo integral y su crecimiento bajo el cuidado de una familia, se colige que en los asuntos en que se involucre la protección del derecho prevaleciente y el interés superior del menor, se debe confrontar la particular situación de cada niño con los derechos que su condición le otorga, con el fin de lograr prerrogativas más favorables que deben ser garantizadas por la familia, por la sociedad y el Estado.

5. Procedencia de la acción de tutela para debatir decisiones de traslado de docentes. Reiteración de jurisprudencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y con el Decreto 2591 de 1991, por medio del cual se reglamenta el mecanismo constitucional de la tutela, esta acción fue consagrada con el objetivo de garantizar los derechos fundamentales de las personas de manera inmediata, cuando estos resulten violados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por particulares en los casos que establezca la ley. *“Dicho de otro modo: el recurso de amparo constitucional fue concebido como una institución procesal destinada a garantizar una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos fundamentales”*¹².

Asimismo, las disposiciones citadas establecieron que dicha acción debía tener un carácter subsidiario, lo que significa que únicamente procede en los eventos en que el perjudicado no tenga otro medio de defensa judicial para hacer valer sus pretensiones, o que existiendo, estos no sean eficaces para proteger los derechos, eventos en que la tutela protege al afectado de forma definitiva. No obstante, existen casos en los cuales la tutela procede como un instrumento transitorio y es, cuando existiendo acciones judiciales ordinarias, dicho mecanismo pretende evitar un perjuicio irremediable.

En tratándose de traslados laborales, específicamente, de docentes del sector público, la Corte Constitucional ha reiterado en múltiples sentencias que la tutela no es el mecanismo procedente para reclamar tal pretensión, pues el legislador ha previsto diferentes medios de defensa, como son las acciones laborales o la acción de nulidad y restablecimiento del derecho estatuidas como medios idóneos para formular esa clase de reclamos¹³.

Sin embargo, aunque lo dicho anteriormente constituye la regla general, esta Corporación ha reconocido algunos eventos en los cuales la tutela se torna procedente para solicitar traslados, como por ejemplo, cuando el juez constitucional encuentre acreditado *“una amenaza o violación grave e irremediable a los derechos fundamentales del trabajador o de su núcleo familiar”*¹⁴.

En abundante jurisprudencia, esta Corte se ha ocupado de establecer las condiciones que deben ser evaluadas cuando se va a determinar la procedencia del amparo constitucional frente a este tipo de pretensiones y, así, emitir un pronunciamiento de fondo. Dichas condiciones son las siguientes:

*“(i) que la decisión sea ostensiblemente arbitraria, en el sentido que haya sido adoptada sin consultar en forma adecuada y coherente las circunstancias particulares del trabajador, e implique una desmejora de sus condiciones de trabajo”*¹⁵; y

-

(ii) que afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar” 16.

Respecto de la segunda condición, este Tribunal ha establecido que *“como es lógico suponer que la mayoría de los traslados ordenados por necesidad del servicio implican un margen razonable de desequilibrio en la relación familiar porque supone reacomodar las condiciones de vida y cambios en la cotidianidad de las labores del trabajador, la jurisprudencia ha aclarado que la vulneración o amenaza de un derecho fundamental del docente o de su familia no corresponde a situaciones razonables o ‘normales’ de desajuste familiar o personal en la medida en que correspondan a cargas soportables”*¹⁷, sino que se presenta en eventos en que, de las pruebas obtenidas o allegadas al expediente de tutela, se desprendan situaciones que resulten cargas desproporcionadas para el trabajador, como estas:

‘a. Cuando el traslado laboral genera serios problemas de salud, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones para brindarle el cuidado médico requerido.

b. Cuando el traslado pone en peligro la vida o la integridad del servidor o de su familia.

b. En los eventos en que las condiciones de salud de los familiares del trabajador, pueden incidir, dada su gravedad e implicaciones, en la

decisión acerca de la constitucionalidad del traslado.

c. Y, en aquellos eventos donde la ruptura del núcleo familiar va más allá de una simple separación transitoria, ha sido originada por causas distintas al traslado mismo o se trata de circunstancias de carácter superable^{18, 19}.

Luego de valorado el caso particular, si el juez constitucional encuentra configurado alguno de los anteriores supuestos, resulta obligatorio que se reconozca un trato diferencial positivo al trabajador, con el objetivo de que con ello se garanticen sus derechos al trabajo en condiciones dignas y justas, a la unidad familiar y a la salud, en íntima conexión con la vida²⁰.

En tratándose del derecho a la salud del docente que pretende que se le autorice o suspenda un traslado, la jurisprudencia ha especificado que no toda enfermedad o alteración física o mental puede ser tenida como razón suficiente para que proceda tal reubicación.

La Corte ha determinado, que para que tal pretensión proceda por razones de salud, debe estar probado en el expediente que: “(i) en la localidad de destino no sea posible brindarle el cuidado médico requerido o no existan las condiciones ni la capacidad médica para ello, (ii) la afectación a la salud sea de una entidad importante; (iii) el traslado o su negativa, guarde una relación tal con la afectación de la salud del familiar, que para alcanzar la mejoría física y emocional de éste o para evitar su deterioro, sea necesaria la presencia constante del empleado; y (iv) exista una relación de dependencia entre el familiar y el trabajador”²¹.

6. El concepto de *ius variandi* y sus límites constitucionales, especialmente en los casos de traslado de docentes. Reiteración de jurisprudencia

Como es bien sabido, las relaciones laborales generalmente están enmarcadas por el poder de subordinación que ejerce el empleador sobre el trabajador. El *ius variandi* es una de las expresiones de dicho poder y consiste en la facultad que tiene el empleador de variar las condiciones de la prestación del servicio, es decir, éste es quien tiene la potestad de modificar el modo, el tiempo, el lugar o la cantidad de trabajo²².

No obstante, la Corte ha señalado que dicha potestad no es absoluta, pues la Constitución Política impone unos límites que deben ser atendidos, los cuales exigen que el trabajo debe ser ejercido en condiciones dignas y justas y respetar los derechos fundamentales del trabajador.

Al respecto, esta Corporación ha establecido que “El desarrollo del trabajo en condiciones dignas y justas implica que el ejercicio del *ius variandi*²³, como potestad con que cuenta el empleador para modificar las condiciones laborales en virtud de su poder subordinante, se sujete, entre otras, a las siguientes condiciones: (i) que los traslados sólo pueden realizarse a cargos equivalentes al original, (ii) que la decisión, en la medida en que altera las condiciones laborales, consulte el entorno social del trabajador y valore 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, a fin de evitar perjuicios considerables”²⁵.

Ahora bien, específicamente en tratándose de traslado de docentes del sector público, el ente nominador tiene la facultad de modificar la sede y las condiciones de la prestación del servicio de los educadores, bien sea por necesidad del servicio para garantizar una continua, eficiente y oportuna prestación del servicio público de educación o bien por la solicitud que realice directamente un docente.

Lo anterior, se puede ver reflejado en el artículo 22 de la Ley 715 de 2001, el cual concede al nominador la facultad discrecional de variar las condiciones de la prestación del servicio educativo. Dicho artículo señala que “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.

Cuando se trate de traslados entre departamentos, distritos o municipios certificados se requerirá, además del acto administrativo debidamente motivado, un convenio interadministrativo entre las entidades territoriales.

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”.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley No. 1278 de 2002, en el cual se precisaron los eventos en los que procede el traslado de docentes²⁶. Estos son:

“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.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional reglamentará las modalidades de traslado y las condiciones para hacerlas efectivas, teniendo en cuenta que los traslados prevalecerán sobre los listados de elegibles del concurso dentro de la respectiva entidad territorial certificada; que deben responder a criterios de igualdad, transparencia, objetividad y méritos tanto en relación con sus condiciones de ingreso al servicio y a la carrera docente, como en el desempeño de sus funciones y en las evaluaciones de competencias; y que el traslado por razones de seguridad debe prevalecer sobre cualquier otra modalidad de provisión de los empleos de carrera docente”.

Bajo esta óptica, esta Corporación ha establecido que un traslado docente no es una facultad exclusiva del empleador, pues este también está relacionado con las necesidades específicas del docente. Así pues, la Corte, en Sentencia T- 065 de 2007 consideró que:

“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”²⁷.

Así pues, para regular las solicitudes de traslado de los docentes, el Gobierno Nacional, en el artículo 2º del Decreto 520 de 2010²⁸, estableció un proceso ordinario, bajo las siguientes reglas:

“Adoptada y distribuida la planta de personal docente y directivo docente de conformidad con los artículos 6º y 7º de la Ley 715 de 2001, cada entidad territorial certificada en educación deberá implementar el proceso para tramitar los traslados que tengan origen en solicitud de los docentes o directivos docentes, el cual debe desarrollarse así:

- 1. El Ministerio de Educación Nacional fijará cada año, antes de la iniciación del receso estudiantil de que trata el Decreto 1373 de 2007, el cronograma para la realización por parte de las entidades territoriales certificadas del proceso de traslados ordinarios de docentes y directivos docentes al servicio de las entidades territoriales certificadas, con el fin de que al inicio del siguiente año escolar los docentes trasladados se encuentren ubicados en los establecimientos educativos receptores para la oportuna prestación del servicio educativo.*
- 2. Cada entidad territorial certificada expedirá un reporte anual de vacantes definitivas, por establecimiento educativo, considerando las sedes, haciendo uso del sistema de información de recursos humanos del que disponga, con corte a 30 de octubre de cada año para calendario A y 30 de mayo para calendario B.*
- 3. Con base en el cronograma fijado por el Ministerio de Educación Nacional y el reporte anual de vacantes, antes de la iniciación del receso estudiantil previsto en el Decreto 1373 de 2007, la entidad territorial certificada convocará al proceso de traslado mediante acto administrativo, en el cual detallará las necesidades del servicio educativo por atender mediante traslado ordinario de docentes y directivos docentes, con la indicación del cargo directivo o del área de desempeño para el caso de los docentes, localización del establecimiento educativo, considerando las sedes, requisitos, oportunidad y procedimiento para la inscripción en el proceso de traslados, información sobre los criterios de priorización para la definición de los mismos, fechas para la verificación del cumplimiento de los requisitos y de expedición de los actos administrativos de traslado.*
- 4. Cada entidad territorial certificada deberá realizar la difusión de la convocatoria durante un periodo mínimo de quince (15) días hábiles, anteriores a la fecha en la cual dé inicio a la inscripción en el proceso ordinario de traslados, a través de los medios más idóneos de que disponga. En todo caso, realizará la difusión en el sitio web de la secretaría de educación correspondiente y en lugar de fácil acceso al público.*
- 5. Cumplidas las actividades programadas en el cronograma del proceso de traslados, la autoridad nominadora de cada entidad territorial*

certificada adoptará la decisión que corresponda y la comunicará al docente o directivo docente, así como a los rectores o directores rurales de los establecimientos educativos donde se hayan de producir los cambios. DECRETO NÚMERO 520 de 2010 Hoja N°. 2 Continuación del Decreto "Por el cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 715 de 2001 en relación con el proceso de traslado de docentes y directivos docentes".

PARÁGRAFO 1º. Antes de la expedición de los actos administrativos que dispongan los traslados a los que haya lugar, la entidad territorial publicará por lo menos durante cinco (5) días hábiles, la lista de traslados por realizar como resultado del proceso ordinario de traslados, con el fin de recibir las solicitudes de ajuste que los docentes y directivos docentes participantes en el proceso y la organización sindical respectiva quieran formular, las cuales serán evaluadas y resueltas por la entidad territorial dentro del cronograma fijado.

PARÁGRAFO 2º. Los traslados entre departamentos, distritos o municipios certificados, solicitados por docentes o directivos docentes, se tramitarán por el proceso dispuesto en este artículo y requieren adicionalmente convenio interadministrativo entre las entidades territoriales remitora y receptora, en el cual se convendrán entre otros aspectos las fechas de efectividad del traslado y de producción de efectos y responsabilidades fiscales. Cuando se trate de permuta, con estricta sujeción a la atención de las necesidades del servicio educativo, según lo establecido en el inciso 3º del artículo 22 de la ley 715 de 2001, no será autorizado el traslado por la autoridad nominadora si a uno de los dos solicitantes le faltan cinco (5) años o menos de servicio para alcanzar la edad de retiro forzoso.

PARÁGRAFO 3º. El traslado en ningún caso implica ascenso en el Escalafón Docente, ni interrupción en la relación laboral, ni puede afectar la composición de la planta de personal."

No obstante lo anterior, el artículo 5º de la misma norma exime en casos particulares, de la realización de dicho procedimiento ordinario, estos son:

"1. Necesidades del servicio de carácter académico o administrativo, que deban ser resueltas discrecionalmente para garantizar la continuidad de la prestación del servicio educativo. En tal caso, el nominador de la entidad territorial debe adoptar la decisión correspondiente considerando, en su orden, las solicitudes que habiendo aplicado al último proceso ordinario de traslado no lo hayan alcanzado.

2. Razones de seguridad fundadas en la valoración de riesgo adoptada con base en la reglamentación que establezca el Ministerio de Educación Nacional.

3. Razones de salud del docente o directivo docente, previo dictamen médico del comité de medicina laboral del prestador del servicio de salud.

4. Necesidad de resolver un conflicto que afecte seriamente la convivencia dentro de un establecimiento educativo, por recomendación sustentada del consejo directivo."

En observancia de dicha norma, se puede concluir que la potestad del traslado no es solo una herramienta que tiene el empleador para ajustar la planta de personal según las necesidades que imponga el servicio, pues, adicionalmente, es concebido como un derecho que tienen los trabajadores, el cual se encuentra relacionado con otros derechos fundamentales como la vida, la dignidad, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad, teniendo en cuenta que también puede ser solicitado por éstos para garantizar su seguridad, sus condiciones de salud, o el desarrollo integral de éstos y el de su familia.

Sobre la base de lo expuesto, la discrecionalidad del ente nominador no solo debe atender los límites establecidos expresamente por la legislación, sino que también le incumbe garantizar la realización de los derechos fundamentales de los docentes conforme con los mandatos previstos en la Carta Fundamental²⁹.

8. CASO CONCRETO

Como quedó expuesto, la señora Silvia Rosa Aguilar Aldana solicita la protección de sus garantías fundamentales a la unidad familiar, a la vida digna y al trabajo en condiciones dignas y de los derechos fundamentales de sus hijos menores de edad, Gilberto Andrés Lambraño Aguilar y Olga Silvana Lambraño Aguilar, a la salud, a tener una familia y no ser separados de ella, los cuales considera vulnerados por la entidad accionada al negar su traslado de la institución educativa en la que labora a otra cercana al lugar donde tiene asiento su familia, en particular sus niños menores de edad.

La demandante, docente de básica primaria quien presta sus servicios en la Institución Educativa Santa Isabel del municipio de Puerto Escondido, Córdoba, es madre de los menores Gilberto Andrés Lambraño Aguilar y Olga Silvana Lambraño Aguilar, quienes residen en la ciudad de Sincelejo junto con su padre.

Debido a la considerable distancia existente entre los municipios de Puerto Escondido, Córdoba y Sincelejo, Sucre, a la actora tan solo le es viable desplazarse al lugar de residencia de su familia durante los fines de semana.

La permanente ausencia de la demandante de su hogar ha generado graves consecuencias, tales como, el deterioro de su relación de pareja y el padecimiento, por parte de los niños, de afecciones de índole gastrointestinal –*verbi gracia*, constipación severa-, las cuales, de conformidad con los dictámenes emitidos por profesionales especialistas, constituyen una reacción psicológica de inseguridad y protesta por la ausencia de la madre

Cabe resaltar que dicha situación se ha tornado más gravosa en Gilberto Andrés, quien se niega a realizar deposiciones mientras se encuentra bajo el cuidado exclusivo de su padre.

Así las cosas, la demandante solicitó ante la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba, ser trasladada de la institución educativa en la que labora a un establecimiento ubicado en la ciudad de Sincelejo o en algún otro municipio aledaño a esta, desde el cual sea posible su desplazamiento diario.

Frente a dicha solicitud, la entidad demandada sostuvo que el traslado era improcedente, toda vez que la peticionaria no había agotado el procedimiento establecido en el artículo 5º del Decreto 520 de 2010 para el efecto y por cuanto no existe un convenio interadministrativo entre el departamento de Córdoba y el municipio de Sincelejo.

Debido a ello, instauró acción de tutela, encaminada a que se ordenara a la entidad demandada efectuar el traslado pretendido.

Los jueces de instancia negaron el amparo invocado, al considerar que la actora debía surtir el procedimiento ordinario consagrado para traslados de docentes y al estimar que las afecciones que padecen los menores no pueden tenerse como resultado de la ausencia de la madre ya que ellos se encuentran bajo el cuidado del padre, sobre quien también recae el deber de velar por su bienestar.

Así las cosas, esta Sala de Revisión considera que la cuestión que merece análisis constitucional en este caso es establecer si el mecanismo tutelar es procedente para ordenar el traslado pretendido.

Inicialmente, esta Sala de Revisión debe analizar si la presente acción cumple con los requisitos de procedibilidad a efectos de determinar si es viable el estudio de fondo del problema jurídico planteado.

En relación con el presupuesto de inmediatez, se constata que la tutela fue promovida dentro de un término razonable, pues se presentó el 24 de agosto de 2015, es decir, mes y medio después de resuelta la solicitud de traslado por parte de la entidad accionada³⁰.

Ahora bien, por lo que concierne al requisito de subsidiariedad, esta Sala recuerda que si bien la acción de tutela no procede para tramitar solicitudes laborales, pues para ello el legislador estableció otros mecanismos de defensa judicial, esta Corte ha manifestado que cuando de la situación presentada ante la jurisdicción constitucional se colige la inminente transgresión de garantías fundamentales, es deber del juez de tutela intervenir en aras de prevenir un perjuicio irremediable.

Dado que en el asunto materia de revisión se evidencia la presunta violación de los derechos fundamentales de los menores Gilberto Andrés Lambraño Aguilar y Olga Silvana Lambraño Aguilar³¹, quienes por encontrarse separados de su madre se están afectando psicológica y físicamente, esta Corte debe pronunciarse en el marco de la presente acción constitucional.

Por consiguiente, aun cuando existe un procedimiento ordinario para tramitar la solicitud de traslado, consagrado en el Decreto 520 de 2010, el mismo no resulta idóneo, ya que las condiciones particulares del caso ameritan la intervención excepcional del juez de tutela.

Bajo este contexto, verificada la titularidad de sujetos de especial protección constitucional de los hijos de la actora, habida cuenta de su condición de menores de edad y ante la ineficacia de otros mecanismos ordinarios que garanticen efectivamente la defensa de los derechos

invocados, la tutela resulta ser la vía adecuada para solicitar el amparo de las garantías constitucionales fundamentales.

En efecto, una vez confirmada la procedencia de la acción, se abordará la pretensión principal de la demandante, es decir, la orden de traslado.

Frente a ello, no se puede menos que desestimar los argumentos en que la entidad accionada y los jueces de instancia sustentaron la negativa, pues, a juicio de esta Sala, en el presente caso *i)* resultaría desproporcionado exigirle a la accionante el agotamiento del procedimiento establecido en el Decreto 520 de 2010; *ii)* se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable y *iii)* las afecciones de salud que padecen los menores sí justifican la necesidad de trasladar de establecimiento educativo a la accionante.

En aras de sustentar lo anterior, cabe resaltar que para esta Sala resultaría desproporcionado exigir a la demandante surtir el procedimiento ordinario de traslado docente, establecido en el artículo 2º del Decreto 520 de 2010, toda vez que se encuentran en juego garantías de índole fundamental de menores de edad que presentan problemas psicológicos con manifestaciones físicas por estar alejados de su madre. Copiosa ha sido la jurisprudencia constitucional en la que se han inaplicado actos administrativos con miras a hacer prevalecer las garantías fundamentales de los niños, comprometidos por decisiones que desbordan el ámbito de la protección reforzada de sus derechos constitucionales³².

Asimismo, no es de recibo el argumento según el cual las patologías que padecen los menores no dan cuenta de la necesidad de un traslado, toda vez que en el expediente obran pruebas, de carácter científico, que denotan con suficiencia la necesidad de la presencia de la madre en el hogar, pues es evidente que los menores requieren la inmediata atención de su progenitora con miras a restablecer sus derechos fundamentales a la salud, a la unidad familiar y a la vida digna³³.

En ese orden de ideas, dado que *i)* los derechos de los niños, niñas y adolescentes gozan de una prevalencia especial sobre las garantías de los demás; *ii)* toda actuación pública o privada debe estar encaminada a la protección de dichos derechos y; *iii)* de las condiciones específicas del caso es viable colegir la configuración de un perjuicio irremediable, esta Sala de Revisión accederá a la pretensión de la actora.

Colofón de lo adverbado es que se revocará el fallo proferido por el *ad quem* y, en su lugar, se concederá el amparo de los derechos fundamentales invocados de la señora Silvia Rosa Aguilar Aldana y de sus hijos Gilberto Andrés Lambraño Aguilar y Olga Silvana Lambraño Aguilar. Para ello, se ordenará a la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba que adopte las medidas administrativas necesarias para que la señora Silvia Rosa Aguilar Aldana sea trasladada a un municipio perteneciente al departamento de Córdoba, que se encuentre ubicado, como máximo, a una hora de distancia de la ciudad de Sincelejo. Dicho traslado deberá efectuarse una vez exista una vacante definitiva o temporal que se ajuste a su perfil profesional de la accionante.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la providencia proferida el dieciséis (16) de octubre de dos mil quince (2015) por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería, Sala Primera de Decisión Civil - Familia -Laboral que confirmó lo decidido el 8 de septiembre de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la unidad familiar y al trabajo en condiciones dignas de la señora Silvia Rosa Aguilar Aldana y los derechos fundamentales a la salud y a tener una familiar y no ser separado de ella de los menores Gilberto Andrés Lambraño Aguilar y Olga Silvana Lambraño Aguilar.

SEGUNDO. - ORDENAR a la Secretaría de Educación Departamental de Córdoba, que adopte las medidas administrativas necesarias para que la señora Silvia Rosa Aguilar Aldana sea trasladada a una institución educativa ubicada en un municipio, perteneciente al departamento de Córdoba y aledaño a la ciudad de Sincelejo -máximo a una hora de distancia-, una vez se presente una vacante definitiva o temporal que se ajuste a su perfil profesional.

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

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-319/16

ACCION DE TUTELA PARA TRASLADO DE DOCENTE-Se debió declarar la improcedencia por cuanto la accionante o sus hijos no se encuentran ante una afectación grave que acredite la protección del núcleo familiar (Salvamento de voto)

ACCIÓN DE TUTELA PARA TRASLADO DE DOCENTE-Se debió declarar la improcedencia por incumplir requisitos de inmediatez y subsidiariedad (Salvamento de voto)

Referencia: expediente T-5384618.

Acción de tutela presentada por Silvia Rosa Aguilar Aldana contra Secretaría de Educación Departamental de Córdoba.

Asunto: Traslado de docente y derechos de niños.

Magistrado Ponente:

G

ABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me conducen a salvar el voto en la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Cuarta de Decisión de tutelas, en sesión del 20 de junio de 2016.

La providencia de la que me aparto, concede el amparo de los derechos fundamentales a la unidad familiar y al trabajo en condiciones dignas. En consecuencia, la Sala ordena a la Secretaría de Educación Departamental de Córdoba adoptar las medidas administrativas necesarias para que la accionante sea trasladada a una institución educativa ubicada en un municipio de Córdoba aledaño a Sincelejo y que se encuentre máximo a una hora de distancia, una vez se presente una vacante temporal o definitiva que se ajuste a su perfil profesional.

Respecto del cumplimiento del requisito de subsidiariedad, la Corte ha sostenido que la acción constitucional procede de manera excepcional en los casos relacionados con el traslado de docentes, cuando de las circunstancias particulares del caso se desprenda que se pueden afectar gravemente los derechos fundamentales del actor. Así, no toda implicación de orden familiar puede ser considerada grave y por ello requiera la intervención del juez constitucional.

En el caso objeto de revisión, considero que se advierte que si bien uno de los hijos de la accionante padece de un trastorno que afecta su salud, este no es de magnitud tal que requiera la presencia física permanente de su madre. Es decir, si bien existe un sustento empírico según el cual el menor de edad sufre de una afección de índole gastrointestinal, esta no es una patología cuya gravedad comporte una afectación que requiera la presencia permanente de la accionante para el cuidado del niño.

También, se debe destacar que los hijos de la accionante se encuentran bajo el cuidado de su padre pues viven con él en la ciudad de Sincelejo desde hace aproximadamente 3 años. Así mismo, se resalta que este tipo de afecciones son usuales en niños de esa edad y la misma no tiene relación con la ausencia temporal de la madre.

Adicionalmente, considero que tampoco se cumple con el presupuesto de inmediatez, pues la accionante reside en Puerto Escondido desde 2013, circunstancia que evidencia que no existe una razón que explique por qué se solicita el amparo 3 años después de su nombramiento. Además, la enfermedad gastrointestinal que sufre su hijo en la actualidad es transitoria y no reviste la condición de gravedad, suficiente para justificar el paso del tiempo en este caso.

De otra parte, de los hechos de la tutela se evidencia que la actora tenía claras las condiciones del empleo desde su posesión, y específicamente sabía que debía separarse transitoriamente del hogar, motivo por el cual no se explican las razones por las que, 3 años después de su nombramiento bajo las condiciones antes referidas, se afecte su derecho a la unidad familiar.

Ahora, al analizar la protección a la niñez, en la ponencia se deja por fuera la protección a la educación de niños, niñas y adolescentes que requieren la presencia de profesores en todo el territorio nacional, el cual es un elemento fundamental en la ponderación, si se tiene en cuenta que la accionante es una docente de educación básica primaria.

Finalmente, considero que no es pertinente el análisis del *ius variandi*, por cuanto la accionante no ha sido objeto de traslado, toda vez que desde su nombramiento le fue asignado el municipio de Puerto Escondido como lugar de trabajo.

A partir de las circunstancias expuestas con anterioridad se desprende que no es posible sostener que la accionante o sus hijos se encuentren ante una afectación grave que acredite la procedencia excepcional de la acción de tutela. Por tanto, considero que los medios ordinarios previstos para el traslado de docentes del sector público previstos en el Decreto 520 de 2010 son idóneos para lograr el cambio de sede donde la accionante labora.

De esta manera, expongo las razones que me llevan a salvar el voto con respecto a las consideraciones y la decisión que se adoptó para el expediente T-5384618.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

2. Las mencionadas disposiciones establecen: “ARTÍCULO 8º INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

ARTÍCULO 9º. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

3. Artículo 7º de la Ley 12 de 1991: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (...)”.

4. Artículo 8º de la Ley 12 de 1991: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas (...)”.

5. Artículo 9º de la Ley 12 de 1991: “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”

6. El artículo 5º de la Constitución Política dispone: “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”.

7. El artículo 42 Superior consagra: *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre o una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolable (...)”

8. El artículo 44 de la Constitución Política establece: *“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia (...)*”

9. La disposición mencionada consagra: *“DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella.*

Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”.

10. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

11. Corte Constitucional, sentencia T-1175 de 6 de diciembre de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

12. Al respecto, consultar, entre otras, la Sentencia T-608 de 1998”.

13. Sentencias T-247 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

14. Véase, entre otras, las Sentencias T-468 de 2002, T-346 de 2001, T-077 de 2001, T-1498 de 2000, T-965 de 2000, T-355 de 2000, T-503 de 1999, T-288 de 1998, T-715 de 1996, T-016 de 1995.

15. Consultar, entre otras, las Sentencias T-715 de 1996 y T-288 de 1998.

16. Sentencia T-065 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

17. La sentencia T-969 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, explicó que *“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”*

18. *“Estas reglas pueden encontrarse, entre otras, en las sentencias T-065 de 2007, T-305 de 2007, T-264 de 2005, T-484 de 2004 y T-486 de 2004”.*

19. Corte Constitucional, Sentencia T-922 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

20. Corte Constitucional, Sentencia T-486 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería, Sentencia T- 280 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
21. Sentencia T-969 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia T-922 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
22. Corte Constitucional, Sentencia T-280 de 20 de abril de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
23. En torno del *ius variandi* ver, entre otras, las Sentencias T-407 de 1992 y T-209 de 2001.
24. Ver al respecto, la Sentencia T-026 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
25. Corte Constitucional, Sentencia T-1156 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
26. Artículo 53.
27. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
28. Por el cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 715 de 2001 en relación con el proceso de traslado de docentes y directivos docentes.
29. Corte Constitucional, Sentencia T- 1011 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
30. De las pruebas allegadas al proceso, se tiene que la actora tramitó la solicitud de traslado ante la Secretaría de Educación de Córdoba el 25 de junio de 2015, la cual fue resuelta desfavorablemente el 2 de julio de 2015.
31. La vulneración de las garantías fundamentales de la menor Olga Silvana se infiere, tanto con base en lo manifestado por la demandante en el escrito de tutela, como por lo sostenido en el informe emitido por la Directora-Orientadora de la institución educativa a la que pertenece la menor, en el que se indicó que su bajo desempeño académico se presumía por la falta de acompañamiento de la progenitora (folio 41 del cuaderno 2).
32. Dicha situación se evidencia, entre otras, en las Sentencias T-279 de 2002, T-319 de 2003 y T-649 de 2008.
33. Dentro de dichas pruebas cabe destacar: i) la valoración de un pediatra gastroenterólogo, de fecha 29 de mayo de 2015, en la que se determinó que Gilberto Lambraño Aguilar *"no hace deposición porque su madre está trabajando fuera del lugar de residencia"* ii) el dictamen emitido por un psicólogo el 2 de mayo de 2014, en el que consta que el hijo de la actora padece *"trastorno de atención y apatía escolar"* y; iii) el informe de valoración, fechado 24 de agosto de 2015, emitido por la Directora Orientadora Escolar y la Coordinadora Académica del Centro Educativo Liceo Nacional de Sincelajo indicó, en el que se manifestó que *"La niña Olga Silvana Lambraño Aguilar, estudiante del grado Pre-Jardín en el seguimiento que se le ha venido realizando en su proceso de aprendizaje durante el año escolar 2014 y primer semestre del año 2015, hemos notado que en su desempeño académico no ha alcanzado los logros propuestos en lo que corresponde a su parte cognitiva, se presume que puede ser por la falta de acompañamiento y presencia de la progenitora. Es una niña tímida, insegura, pacífica y se relaciona poco con sus compañeros de clase, en ocasiones manifiesta llantos sin tener motivo alguno"*. Dichos documentos reposan en los folios 9, 27 y 41 del cuaderno 2, respectivamente.