

Ref.: Expediente T-2409747.

M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-325/10

ACCION DE TUTELA PARA CONTROVERTIR EL TRASLADO DE UN SERVIDOR PUBLICO-Reiteración de jurisprudencia

Buscando una correcta ponderación entre los principios de subsidiariedad de la acción de tutela y efectividad de los derechos fundamentales, señaló que en ciertas circunstancias, de manera excepcional procede la acción de tutela en este escenario constitucional, cuando el acto administrativo que ordena el traslado “(i) sea ostensiblemente arbitrario, es decir, carezca de fundamento alguno en su expedición, (ii) fuere adoptado en forma intempestiva y (iii) afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar”. Esto último sucede cuando la decisión de la administración amenace de manera grave la situación del trabajador o de su núcleo familiar, porque “(i) el traslado tenga como consecuencia necesaria la afectación de la salud del servidor público o de alguno de los miembros de su núcleo familiar, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido; (ii) cuando la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tiene como consecuencia necesaria la ruptura del núcleo familiar, siempre que no suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables; (iii) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia. En los anteriores eventos, la Corte ha enfatizado que no toda implicación de orden familiar y económico del trabajador causada por el traslado, tiene relevancia constitucional y amerita la procedencia del amparo transitorio. Las circunstancias concretas deben revestir particular gravedad, de manera tal que sea necesario el concurso del juez constitucional para conjurar un perjuicio irremediable”. Unicamente en estas hipótesis es posible la intervención del juez de tutela para impugnar por vía constitucional un acto administrativo que ordene el traslado de un servidor público. Desbordar esta frontera, implica una intromisión ilegítima en la competencia del juez administrativo.

TRASLADO DE JUEZ PENAL MILITAR/EJERCICIO DEL IUS VARIANDI POR PARTE DE LA ADMINISTRACION EN PLANTAS DE PERSONAL DE CARACTER GLOBAL Y FLEXIBLE-Reiteración de jurisprudencia

En plantas de personal de carácter global y flexible, la administración cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para, en ejercicio del ius variandi, ordenar el traslado de un servidor público de una sede a otra. Sin embargo, para que la medida así adoptada no implique la vulneración de los derechos constitucionales del trabajador, (i) el empleador debe sustentar su decisión en razones del buen servicio; (ii) el traslado debe realizarse a un cargo de la misma categoría y con funciones afines, en cuanto no implique desmejora de las condiciones laborales y; (iii) han de tenerse en cuenta las consecuencias que el cambio de sede pudiere tener de manera grave sobre aspectos personales del servidor y su entorno familiar, en orden a evitar una intensa afectación de los derechos del núcleo familiar.

DIRECCION EJECUTIVA DE JUSTICIA PENAL MILITAR-Facultad para ordenar el traslado de los servidores públicos al servicio de dicha jurisdicción

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE TRASLADO LABORAL- Casos en que procede

En determinados casos, con el específico objeto de efectivizar el respeto inmediato de las garantías constitucionales, la acción de tutela procede contra este tipo de actos administrativos cuando se demuestre que (i) el mismo es ostensiblemente arbitrario o, en otras palabras, carece de fundamento alguno; (ii) fue adoptado en forma intempestiva y; (iii) afecta en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE TRASLADO LABORAL- Los cargos aducidos por la demandante no tienen la entidad suficiente para demostrar lo exigido por la jurisprudencia constitucional

Encuentra la Sala que los cargos formulados por la accionante contra el acto administrativo impugnado, no tienen una entidad suficiente para demostrar la ostensible arbitrariedad, intempestividad y afectación iusfundamental exigida por la jurisprudencia constitucional para la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a la decisión de la administración de ordenar su traslado a San Vicente del Caguán. La Sala evidencia que la Dirección Ejecutiva logró demostrar la existencia de una razón del servicio suficientemente congruente que justifica el traslado de la accionante y desvirtúa la arbitrariedad de la que la actora acusa al acto administrativo que dispuso el mismo. Conforme se expuso en los fundamentos normativos de esta sentencia, en las plantas de personal de carácter global y flexible la administración cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para, en ejercicio del ius variandi, ordenar el traslado de un servidor público de una sede a otra, en cuanto la decisión así adoptada no conlleve la vulneración de los derechos constitucionales del trabajador. Esto último sucede, entre otras hipótesis, cuando el empleador no sustenta su decisión en razones del buen servicio y traslada al servidor a un cargo en el cual se desmejora su situación laboral. La demandada, en ejecución de una política de equidad en las condiciones laborales de los trabajadores a su servicio, intercambió en sus cargos a funcionarias que habían permanecido por cerca de dos años en zonas de complicado orden público, por otras que habían prestado sus servicios en ciudades capital con circunstancias normales de seguridad.

AFECTACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN TRASLADO LABORAL-Eventos en que se presenta

La jurisprudencia constitucional ha considerado que se afecta de manera clara, grave y directa los derechos fundamentales de un trabajador y su núcleo familiar, cuando (i) el traslado tiene 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 que esté requiriendo; (ii) la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tiene como consecuencia ineludible la ruptura del núcleo familiar, siempre que no suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables y; (iii) quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia.

TRASLADO LABORAL Y DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD-Caso en que la demandante aduce problemas de aprendizaje de su hijo

Las razones que antepone la demandante a su traslado, relativas a los presuntos problemas de

aprendizaje de su hijo, no son válidas en la medida que no está acreditado que el niño presente los problemas de aprendizaje que ella arguye. No obstante, la Sala infiere que el menor podría estar sufriendo algunas dificultades en su proceso de aprendizaje que requerirían la realización de un adecuado diagnóstico y el suministro del tratamiento pertinente. Esta eventualidad sin embargo es superable y no representa un obstáculo al traslado de la accionante, siempre y cuando la demandada garantice el adecuado derecho al diagnóstico y posible tratamiento que llegare a requerir el menor, por esta razón, comoquiera que la finalidad de la acción de tutela no se restringe a una protección constitucional una vez verificada una vulneración iusfundamental, sino que incluso busca contrarrestar una amenaza actual a dichos bienes constitucionales, la Sala tutelaré el derecho a la salud del menor, pero únicamente en su faceta de derecho al diagnóstico y acceso a los servicios médicos que se requieran con necesidad, y con el preciso objeto de asegurar el cumplimiento del compromiso asumido por la Dirección Ejecutiva, como enseña se indica. Cabe anotar que en caso de acreditarse los problemas de atención que asevera la accionante padece su hijo, la Dirección Ejecutiva ha asumido el compromiso de garantizar la atención requerida por el menor, y en ese sentido, la eventual imposibilidad de brindar el cuidado que acaso llegare a necesitar el niño, se ve superada por la obligación admitida por la accionada. Así, toda vez que la admisibilidad constitucional de la orden de traslado de la accionante, en criterio de la Sala, está íntimamente ligada con la ejecución de ese compromiso, la Sala impartirá las órdenes necesarias para asegurar el cumplimiento del mismo.

TRASLADO LABORAL Y DERECHO AL DIAGNOSTICO DE MENOR DE EDAD

Como el menor tiene derecho a que se le realice un adecuado diagnóstico y presten los servicios médicos del caso, en compañía de su madre si esta así lo decide, la Corte, con miras a efectivizar el derecho amparado y cubrir las hipótesis que pudieran obstaculizar su salvaguarda, ordenará que la accionada garantice el derecho al diagnóstico del menor, realizando la valoración del niño por un profesional en neuropsicología y otorgando la atención profesional que el menor llegara requerir, con los especialistas y equipo interdisciplinario que ordene el profesional de la salud. La valoración diagnóstica y el eventual tratamiento, tendrán que prestarse en la localidad en que se encuentre residiendo el menor (San Vicente del Caguán o cualquier otro municipio), en lo cubierto por el subsistema de salud de las fuerzas militares e independientemente de que el niño resida o no con su madre.

TRASLADO LABORAL Y FACULTADES QUE LE ASISTE A LA DIRECCION EJECUTIVA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Tomando en cuenta las dificultades de tipo logístico que debe afrontar la accionada para ejecutar lo dispuesto en esta providencia, y en virtud de la facultad que le asiste a la Dirección Ejecutiva para modificar las condiciones laborales del personal al servicio de la Justicia Penal Militar en ejercicio del ius variandi, la parte accionada, para dar cumplimiento a los órdenes impartidos en esta sentencia, podrá disponer el traslado de la accionante a un municipio en el cual se le pueda brindar la atención requerida al menor, si así lo estima conveniente. En ese evento, el traslado deberá hacerse a un cargo de igual o superior jerarquía y remuneración, y no podrá implicar una desmejora en las condiciones laborales de la actora. Del mismo modo, en cuanto a las objeciones planteadas por la demandante relativas a su desconfianza por la falta de neutralidad de los profesionales sanitarios a las órdenes de Sanidad Militar, la Sala no encuentra probado en el expediente la invocada parcialidad. Sin embargo, le informará a la accionante sobre el derecho que le asiste de presentar los dictámenes médicos particulares del caso, los que no podrán ser desatendidos por los galenos de Sanidad Militar, estando obligados estos, por el contrario, a

valorarlos y en caso de apartarse de ellos, hacerlo con base en consideraciones de carácter técnico-científico, relativas al contexto del caso concreto. No está demostrado que la reubicación laboral de la demandante ponga en serio peligro su vida o integridad personal ni la de su menor hijo. La Sala advierte que aunque San Vicente del Caguán es una zona con complicaciones de orden público, la anterior premisa no conduce necesariamente a la conclusión que pretende la accionante, esto es, que el traslado coloca en peligro su vida y la de su hijo.

TRASLADO LABORAL DE JUEZ PENAL MILITAR-No está demostrado que ponga en serio peligro la vida e integridad personal de la demandante y de su hijo

No ha sido demostrado que el traslado de la accionante al cargo de Juez de Instrucción Penal Militar con sede en San Vicente del Caguán, pone en serio peligro la vida e integridad personal de la señora Alejandra Ardila Polo y su menor hijo.

TRASLADO LABORAL DE JUEZ PENAL MILITAR-Aunque la administración no justificó de forma fáctica el acto administrativo acusado, dicha situación se corrigió al dar respuesta a la petición de reconsideración

En este caso en particular, aunque la demandada no justificó de forma fáctica el acto administrativo acusado -como bien lo entendió el Juez de primera instancia-, dicha situación se corrigió por la administración al dar respuesta a la petición de reconsideración y al derecho de petición que elevara la accionante con la precisa finalidad de conocer las razones que la Dirección Ejecutiva tuvo al momento de disponer su traslado, ello con el objeto de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo como lo puso de presente la actora. De este modo, en criterio de la Sala, si bien en principio se verificó una afectación al debido proceso, una orden a la administración, encaminada a motivar el acto administrativo aquí impugnado, resultaría inocua en la medida que la accionante ya cuenta con los elementos de juicio suficientes para contradecir la decisión de la administración ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por tal razón, la Corte se abstendrá de proferir apremio alguno en ese sentido.

ACCION DE TUTELA Y TRASLADO LABORAL-Caso en que no es procedente/
EJERCICIO DEL IUS VARIANDI EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR

La Corte encuentra que en este caso no es procedente la vía de la tutela para enervar la acción de la administración. En consecuencia, se confirmará parcialmente la sentencia de segunda instancia, pero por las razones expuestas en esta providencia, y en su lugar se otorgará el amparo al derecho a la salud del niño, con las advertencias sobre el derecho al diagnóstico y tratamiento que le asiste al menor hijo de la accionante. Igualmente, no se desconoció la jurisprudencia constitucional contenida en la sentencia T-1010 de 2007 en la medida que en aquella oportunidad, contrario a lo acaecido en el sub lite, se trataba de una servidora no uniformada, se acreditó la enfermedad padecida por el miembro del núcleo familiar de la allí accionante, y se puso en conocimiento de la administración ese hecho con anterioridad a la expedición del acto administrativo que dispuso el traslado de la demandante.

Referencia: expediente T-2409747

Acción de tutela de Alejandra Ardila Polo contra el Ministerio de Defensa Nacional -Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar-.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil diez (2010).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados(a) Maria Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados en el asunto de la referencia por el Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Quinta de Decisión Civil-Familia, el tres (3) de julio de dos mil nueve (2009), en primera instancia, y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009), en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda

1. El doce (12) de junio de dos mil nueve (2009) la señora Alejandra Ardila Polo[1], en nombre propio y de su menor hijo, interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional - Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar[2]-, por considerar que la accionada vulneró sus derechos constitucionales a la unidad familiar y al trabajo, y a la salud de su menor hijo. A continuación se sintetizan los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda[3]:

1.1. Alejandra Ardila Polo ingresó al Ejército Nacional como oficial del cuerpo administrativo. Se escalafonó mediante Decreto No. 2171 del 14 de diciembre de 2005 en el grado de subteniente.

1.2. La actora contrajo matrimonio con Rodrigo Martínez Silva, Coronel del Ejército Nacional, con quien procreó un hijo que a la fecha de presentación de la demanda de tutela tenía seis (6) años de edad y estaba recibiendo tratamiento médico para superar problemas de déficit de atención y aprendizaje, e hiperactividad. El Coronel Martínez se desempeña como comandante del comando operativo No. 18 ubicado en la Vereda de El Rosario –Arauca-, mientras que el menor convive con la accionante en la ciudad de Santa Marta desde hace aproximadamente dos (2) años.

1.3. Luego de participar en una convocatoria pública para ocupar el cargo de Juez de Instrucción Penal Militar, fue nombrada, a través de resolución No. 000133 de 22 de mayo de 2007, como Juez Diecinueve (19) de Instrucción Penal Militar en la ciudad de Santa Marta, tomando posesión del cargo el veintinueve (29) de mayo de dos mil siete (2007).

1.4. Señaló que la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, Luz Marina Gil García, a comienzo del año dos mil nueve (2009) le propuso ocupar el cargo de Juez Sesenta y Uno (61) de Instrucción Penal Militar con sede en la ciudad de Villavicencio. Igualmente, refiere que tal ofrecimiento estuvo motivado en el conocimiento que tenía la Dirección, de circunstancias relacionadas con su situación personal, relativas a, de una parte, la separación física que desde hace dos (2) años mantenía con su esposo, y de otra, los problemas de atención y aprendizaje que tiene su menor hijo, patología que podría seguir siendo atendida en el lugar al que sería trasladada (Villavicencio).

1.5. El seis (6) de mayo de dos mil nueve (2009), el Ministro de Defensa Nacional nombró en

encargo al Coronel Edgar Emilio Ávila Doria como Director Ejecutivo de la Justicia Penal Militar, en remplazo de Luz Marina Gil García. Dieciséis (16) días después, el Coronel Ávila Doria, por medio de resolución 00118 del 22 de mayo de 2009, ordenó el traslado de la peticionaria, de la ciudad de Santa Marta, al cargo de Juez Sesenta y Siete (67) de Instrucción Penal Militar con sede en San Vicente del Caguán, a partir del veintitrés (23) de junio del mismo año.

1.6. Frente a la anterior resolución, la actora, el primero (1°) de junio de dos mil nueve (2009), presentó escrito de reconsideración, sin que hasta la fecha de interposición de la acción de tutela la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar se haya pronunciado[4].

1.7. Aduce que con su traslado al municipio de San Vicente del Caguán, se "producirá el rompimiento y/o resquebrajamiento de la unidad familiar y la afectación al derecho fundamental de [su] menor hijo de tener una familia o al menos a uno de sus padres, porque al cumplirse esa orden infundada e inmotivada se producirá automáticamente el alejamiento entre [su hijo y ella], quien tiene seis (6) años de edad y necesita superar problemas de adaptación y aprendizaje, [que están siendo atendidos desde hace dos (2) años por una terapeuta ocupacional y fonoaudióloga del centro educativo IPLER de la ciudad de Santa Marta]". (fl. 5 Cdno. 1)

1.8. Argumenta que, de verificarse su traslado al municipio de San Vicente del Caguán, se dejaría a su hijo en una situación de abandono pues "es prácticamente imposible regularizar visitas razonablemente frecuentes a la ciudad donde [lo dejaría, ya que] requeriría de dos días de viaje por tierra lo cual no podría hacer por razones de orden público que pondrían en peligro mi vida". Añade, que el sitio en donde está destacado su esposo, presenta dificultades de comunicación, vivienda, y orden público, situación que igualmente impide que su menor hijo sea puesto al cuidado del progenitor.

1.9. Sostiene que la interrupción del tratamiento profesional que le viene siendo suministrado al menor y el alejamiento de su madre, supondrían una afectación emocional traumática para él, porque "perdería todo lo que ya ha logrado superarse durante estos dos años y generaría un revés que afectaría gravemente su salud mental y su vida escolar". (fl. 6 Cdno.1)

1.10. Finalmente, manifiesta que con su traslado al municipio de San Vicente del Caguán se busca forzar su renuncia, "pues esta decisión que no tiene sustento ni motivación alguna, (...) está violando no solo los derechos fundamentales referidos sino también mi derecho al trabajo, puesto que no podría concentrarme en mis labores pues mi hijo quedaría desprotegido física y afectivamente, casi conminándome a renunciar o abandonar mi trabajo" (fl. 7).

1.11. Petición. Con fundamento en los anteriores hechos y consideraciones, en la demanda se solicita al juez de tutela, en síntesis, que conceda el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, suspenda los efectos de la resolución 000118 del 22 de mayo de 2009, que dispuso el traslado de la accionante al municipio de San Vicente del Caguán, hasta tanto se dirima el conflicto en forma definitiva por parte de la jurisdicción contencioso administrativa[5].

Medida provisional

El Tribunal Superior de Santa Marta, por auto de dieciocho (18) de junio de dos mil nueve (2009), decretó como medida provisional la suspensión inmediata de los efectos de la Resolución N° 00118 de 22 de mayo de 2009, pero únicamente en lo atinente al traslado de la accionante a San Vicente del Caguán (fl.104 Cdno. 1).

En el mismo auto, el Tribunal dispuso la vinculación al trámite de tutela de Rossana Leonor Flórez Rivera, por considerar que la misma podría verse afectada con la adopción de una eventual orden de amparo, por tratarse de la funcionaria que reemplazaría a la accionante en el cargo de Juez 19 de Instrucción Penal Militar con sede en Santa Marta.

Intervenciones de la entidad accionada y la persona vinculada

Intervención del Ministerio de Defensa Nacional-Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar

2. El Ministerio de Defensa Nacional, por intermedio de Blanca Cecilia Mora Toro, Coordinadora del Grupo de Asesoría Legal de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, se opuso a la prosperidad del amparo constitucional con base en los argumentos que a continuación se resumen:

2.1. La accionante se encuentra en una situación especial como oficial del Ejército Nacional, pues en su condición de uniformada conoce los imperativos de disciplina, lealtad, honor militar, disponibilidad permanente, y posibilidad de traslado inminente, que hacen parte de la cotidianidad militar. En ese orden de ideas, los límites del *ius variandi*, tratándose de militares, no puede tener el mismo alcance que cuando de desatar controversias laborales del personal civil se trata, máxime cuando la actora suscribió un escrito de fecha veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007) en el que (i) aceptó que el Ministerio de Defensa Nacional se reservaba la potestad de nombrar al personal en el orden o lugar que considere más conveniente o incluso a no considerar su nombre para desempeñar un cargo en la Justicia Penal Militar y; (ii) se comprometió a cumplir los traslados al lugar y en la fecha que fuera dispuesta por necesidades del servicio.

2.2. Si bien la peticionaria funge como Juez de la República, “el hecho de ser Juez es una situación de carácter accesoria, por cuanto igualmente y de acuerdo a la estructura administrativa del Ejército Nacional de Colombia, Ministerio de Defensa Nacional y necesidades del servicio, bien hubiera podido prestar su apoyo en cualquier dependencia de la Fuerza o del Ministerio, en virtud de las figuras del traslado o destinación connaturales a una planta global y flexible, como es la del personal uniformado al servicio del Ministerio de Defensa”. (fl. 225 Cdo.1)

2.3. El traslado de la accionante obedece a la ejecución de un plan de descongestión judicial, realizado dentro de una serie de medidas administrativas y estructurales orientadas a mejorar los indicadores de gestión de la Justicia Penal Militar. Los traslados al interior de esa jurisdicción no están sujetos a eventuales intereses particulares de sus miembros, pues debe primar el interés general de una correcta y oportuna administración de justicia. La situación de la accionante no es especial, pues la mayoría de funcionarios de la Justicia Penal Militar tienen hijos, razón por la cual la Dirección Ejecutiva se ve obligada a tomar medidas que garanticen la igualdad y equilibrio en el traslado de sus servidores.

2.4. De no efectuarse el traslado de la peticionaria, se trastocaría la designación de la subteniente Rossana Leonor Florez Rivera como Juez Diecinueve (19) de Instrucción Penal Militar con sede en Santa Marta, Despacho ocupado por la actora. Esta situación iría en desmedro de los derechos constitucionales de la subteniente Flórez, oficial que desde el diecinueve (19) de septiembre de dos mil siete (2007) se ha desempeñado como Juez Sesenta y Dos (62) de Instrucción Penal Militar en San José del Guaviare, zona con difíciles condiciones de orden público.

2.5. “Si bien es cierto que la Tutelante (sic) alega la protección a la unidad familiar aún es más

cierto que la misma accionante a motu proprio se colocó en esta situación, toda vez [que] como ella misma lo narra en su escrito de demanda al estar casada con un señor Coronel y escoger la carrera militar, en calidad de oficial del cuerpo administrativo de la justicia penal militar, les impediría a futuro compartir la misma unidad militar teniendo en cuenta que el señor Coronel ocupa un cargo de comando o de Estado Mayor y ella sería su juez natural”. (fl. 227 Cdno.1)

2.6. El diagnóstico y tratamiento prescrito por la especialista del IPLER no ha sido convalidado por el médico tratante del hijo de la peticionaria, profesional adscrito al servicio de Sanidad Militar del Ejército Nacional.

2.7. Solo los actos administrativos debidamente expedidos por la autoridad competente tienen efectos vinculantes en la vida jurídica, por ello, las eventuales consideraciones que hubiere realizado la anterior Directora Ejecutiva no atan la voluntad de la administración, en la medida en que el supuesto acuerdo entre esta y la peticionaria nunca se materializó en una decisión de la administración.

Intervención de Rossanna Leonor Flórez Rivera

3. Mediante escrito del veintitrés (23) de junio de dos mil nueve (2009), la señora Flórez Rivera se opuso a la prosperidad de la tutela solicitada. Manifestó, en síntesis, que la medida provisional adoptada por el juez de primera instancia ocasionó la vulneración de su derecho al trabajo toda vez que no ha podido tomar posesión del cargo para el cual fue designada en la ciudad de Santa Marta. En consecuencia, pidió al a quo ordenara al Ministerio de Defensa Nacional le permita recibir y tomar posesión del cargo de Juez Diecinueve (19) de Instrucción Penal Militar con sede en Santa Marta.

Igualmente, la interviniente solicitó la vinculación al trámite de tutela de aquellos servidores cuyos traslados se encuentran relacionados de una u otra forma con el caso de la demandante. El Tribunal, negó la solicitud de vinculación.

Del fallo de primera instancia

4. El Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Quinta (5ta.) de Decisión Civil-Familia, mediante providencia del tres (3) de julio de dos mil nueve (2009), concedió el amparo constitucional solicitado. Como fundamento de su fallo, el Tribunal señaló:

4.1. El acto administrativo que dispuso el traslado de la accionante está desprovisto de motivación ya que “no contiene justificación fáctica alguna, sino una mera enunciación de disposiciones constitucionales y legales” (Se citan apartes de la sentencia T-576 de 1998, relativos a la importancia de motivar los actos de la administración).

4.2. “Hay que indicarle a la enjuiciada que para hacer movimientos de su personal no es suficiente escudarse bajo el manto de la discrecionalidad, sino que deben considerarse casos concretos y apartarse de ciertos formalismos como el que pretende en relación con la salud del menor, esto es, que debió ser diagnosticado por la institución (...)”. Está acreditado que el menor padece desde hace más de un año problemas de atención, concentración, aprendizaje y adaptación social, condición que requiere un tratamiento especial por parte de sus padres y el empleador de estos.

4.3. Luego de citar jurisprudencia fijada por la Corte Constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir órdenes de traslado de trabajadores

vinculados a plantas de personal de carácter global y flexible, el Tribunal consideró que en el asunto sub examine era evidente que la determinación de la administración sobre el traslado de la actora a San Vicente del Caguán implicaría la vulneración del derecho a la unidad familiar del menor y del debido proceso de la accionante.

4.4. En consideración a lo anterior, la Sala Quinta (5ta.) de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior de Santa Marta, ordenó al Ministerio de Defensa Nacional -Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar-, que tomara las medidas necesarias para mantener a la peticionaria en el Juzgado Diecinueve (19) de Instrucción Penal Militar de Santa Marta, o, en caso de disponer su traslado, motivara el acto administrativo que así lo dispusiera, ubicando a la actora en una localidad donde se ofrecieran condiciones mínimas para el tratamiento de su menor hijo y se garantizara la convivencia con la madre. Del mismo modo, ordenó que asegurara la reubicación laboral de la vinculada Rossana Leonor Florez Rivera.

Impugnación

5. El Ministerio de Defensa Nacional impugnó la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos esgrimidos en su primera intervención y añadiendo los que pasan a exponerse:

5.1. La Dirección Ejecutiva observa unos criterios precisos al momento de disponer el traslado de sus funcionarios, conforme a la Directiva Ministerial 001 de 2002, que contempla la necesidad de tomar en cuenta consideraciones de tipo personal y médico de los servidores a ser trasladados. En el caso de la accionante, no obra antecedente alguno en su hoja de vida que dé cuenta de los alegados problemas de aprendizaje de su menor hijo.

5.2. La resolución 000118 de mayo de 2009 que dispuso el traslado de la peticionaria junto con otros funcionarios de la Justicia Penal Militar, sí estuvo motivada. Se sustentó en parámetros jurídicos conforme la Directiva Permanente 001 de 2002 del Ministerio de Defensa Nacional, el Decreto Ley 091 de 2007 y el Decreto 1792 de 2000, en lo pertinente. Del mismo modo, la aludida resolución se respaldó en situaciones de carácter fáctico, en especial en la situación de la subteniente Rossana Leonor Flórez Rivera, Juez Sesenta y Dos (62) de Instrucción Penal Militar con sede en San José del Guaviare, quien tenía una situación personal especial y un prolongado periodo de tiempo destacada en una zona complicada de orden público, razón por la cual se trasladaría al Juzgado ahora ocupado por la accionante. No obstante, para dar cumplimiento a las órdenes del fallo de primera instancia, la Dirección tuvo que trasladar a la señora Flórez Rivera al Juzgado Sesenta y Siete (67) de Instrucción Penal Militar con sede en San Vicente del Caguán, lugar donde estaba proyectado el traslado de la accionante[6].

5.3. “[L]as manifestaciones del A-quo en el sentido de que esta Dirección usó como excusa la necesidad del servicio para trasladar a la accionante al Juzgado 67 de Instrucción Penal Militar, carecen de fundamento alguno y es alejada de toda realidad, ya que la Doctora Nancy Rodríguez Rueda, quien era la titular del Juzgado 67 de Instrucción Penal Militar por más de dos (2) años y se encontraba en situación familiar especial por necesidad de conformar su núcleo familiar con sus dos menores hijos, en virtud de la cadena de traslados que se dispuso en la Resolución atacada, fue también trasladada, haciéndose necesario, el traslado de otro funcionario como titular del despacho, que para los efectos correspondió a la señora Subteniente Alejandra Ardila Polo, quien cumplió dos años (2) en una ciudad que no está contemplada dentro de las zonas de orden público”.

5.4. Las políticas de movimientos de personal de las fuerzas militares conllevan la rotación

permanente del personal militar, mínimo cada dos años, en las diferentes zonas del país, incluyendo zonas de orden público, con el objeto de salvaguardar el derecho a la igualdad y a la unidad familiar, entre otros, de los funcionarios judiciales. La accionante hasta el momento de la impugnación, sólo se ha desempeñado en cargos radicados en ciudades capital como Bogotá y Santa Marta.

5.5. Las condiciones de vida en el fuerte militar de San Vicente del Caguán son adecuadas para un excelente ambiente laboral. Cuenta con un aeropuerto aledaño que permite el arribo dos veces por semana de vuelos con la aerolínea Satena; profesionales médicos en odontología, anestesiología, enfermería, cirugía y ortopedia; y buenas condiciones de seguridad. Adicionalmente, la Dirección se encuentra gestionando el apoyo en áreas de psicología, terapia ocupacional y fonoaudiología, lo anterior en el evento en que sea clínicamente necesario brindar este servicio al menor hijo de la peticionaria.

5.6. Posteriormente, en documentos radicados el cinco (5) y once (11) de agosto de dos mil nueve (2009) ante la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio accionado adicionó los argumentos presentados en el escrito de impugnación, (i) reiterando su oposición respecto del carácter vinculante del dictamen médico allegado por la accionante, en cuanto este no fue realizado por un médico del cuerpo de profesionales de Sanidad Militar del Ejército, o una institución con convenio con el mismo y; (ii) señalando que el Subdirector Científico de la Dirección de Sanidad Militar del Ejército, mediante oficio del cuatro (4) de agosto de dos mil nueve (2009), asignó para la atención del menor, a la psicóloga Diana Alejandra Casas Ortiz, adscrita al Batallón Cazadores. Por las anteriores razones, la interviniente; (iii) solicitó al Juez de segunda instancia, ordenara la valoración del menor por los médicos del subsistema de salud de las fuerzas militares, con el objeto de que el tratamiento médico que se llegare a prescribir, pudiera ser brindado en el lugar de traslado de la progenitora.

5.7. En consideración a los aspectos indicados, sostuvo que en el presente caso se observa la figura del hecho superado como quiera que han cesado los motivos que dieron origen a la acción de tutela en la medida que “la Dirección Ejecutiva gestionó ante el Instituto de Casas Fiscales la asignación de vivienda para la señora subteniente Alejandra Ardila Polo, comunicándose por el señor Director del Instituto de Casas Fiscales. La asignación de vivienda fiscal para la tutelante (sic) podrá vivir con su menor hijo, garantizándose de esta forma el derecho a la unidad familiar y la posibilidad de estar especialmente cerca de su menor hijo, para ofrecerle la atención y el afecto necesarios para superar los problemas de aprendizaje, concentración y atención de tareas que se recomiendan en el diagnóstico del especialista, Dra. Roxana Betancourt, especialista en trastornos cognitivos(...)”. (fl. 335 Cdno.1)

6. El seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009), la accionante presentó ante la Corte Suprema de Justicia, escrito en el que se opone a la impugnación elevada por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar. En él, en suma, (i) reitera los argumentos que expuso en primera instancia; (ii) señala que en su caso no se está en presencia de un hecho superado como lo afirmara la demandada, pues sus derechos constitucionales y los de su hijo no se ven protegidos con la asignación de una casa fiscal, ya que en todo caso el menor requiere de un tratamiento médico especializado dirigido y controlado por personal calificado que no tiene la accionada en el lugar de destino y; (iii) solicita que se decretase la prueba pedida por la demandada, “ésta se practique en una institución o clínica distinta a la Sanidad del Ejército, pues no confío en la imparcialidad de la institución que es la misma que en este momento me está atacando por haber presentado esta acción de tutela y tiene interés en que se revoque la decisión tomada por el Tribunal

Superior...”.

Del fallo de segunda instancia

7. El dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, revocó la decisión de primera instancia, y en su lugar, negó el amparo constitucional a los derechos fundamentales de la actora y su menor hijo. Como sustento de su decisión, el ad quem señaló:

7.1. Si bien la acción de tutela procede de manera excepcional para controvertir una orden de traslado dictada por la administración, en el caso concreto la demandante tenía a su disposición un medio ordinario de defensa judicial idóneo para buscar la garantía de los derechos presuntamente conculcados.

7.2. La ley fijó la adopción de un sistema de planta global y flexible por parte del Ministerio de Defensa Nacional, razón por la que el traslado de sus funcionarios no está sujeta “a los rígidos criterios jurisprudenciales que se predicen de los servidores públicos en general, máxime si el afectado escoge libremente la formación militar como un componente de su carrera profesional, caracterizada por la disciplina y el poder subordinante que los rige”. (fl. 146 Cdno. 2)

7.3. No se evidencia la afectación iusfundamental alegada, pues la decisión de trasladar a la actora “no obedece a la voluntad antojadiza de la autoridad accionada, sino a pautas administrativas que responden a las necesidades objetivas de la justicia penal militar y a unos criterios jurídicos que aseguran un trato equitativo a sus servidores, pues dentro de la actual estrategia militar del Ministerio de Defensa, según informe de su vocera, se privilegia la intensificación de operaciones en zonas críticas en materia de orden público, entre las cuales figura el municipio de San Vicente del Caguán...”.(fl. 147 Cdno. 2)

7.4. La afectación del tratamiento terapéutico del hijo de la demandante y de la unidad familiar, se superan con la intervención a la que se ha comprometido la demandada, en orden a asignar una vivienda fiscal segura y adecuada para su familia y el suministro de la atención médica especializada que el menor requiere.

Pruebas practicadas por la Corte Constitucional

8. Mediante auto de primero (01) de diciembre de dos mil nueve (2009), el Magistrado sustanciador decretó la práctica de pruebas por considerarlas útiles y por ende, necesarias para resolver de fondo[7]. En virtud de lo anterior se oficio:

8.1. A la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, para que remitiera a esta Corporación informe en el que (i.a) señalara si dentro de los profesionales adscritos tiene especialistas en fonoaudiología y terapia ocupacional para niños. En caso afirmativo, indicara su ubicación geográfica y a qué distancia se encuentra el profesional más cercano al municipio de San Vicente del Caguán; (i.b) expresara cuál es el procedimiento que sigue y las prestaciones que otorga con respecto a los menores de edad con problemas afectivos por alejamiento de los padres y trastornos de aprendizaje, déficit de atención o dislexia; (i.c) manifestara si las anteriores patologías, junto con los tratamientos “rehabilitación cognitiva”, “terapia ocupacional” y “lecto-escritura”, están cubiertos por el Sistema de Salud de las fuerzas militares y de Policía y; (i.d) declarara si ha atendido, o se le ha solicitado la prestación de tratamiento médico del hijo de la subteniente Alejandra Ardila Polo, para atender patologías relacionadas con problemas afectivos, déficit de atención, dislexia o similares. En caso afirmativo enviara resumen de la historia clínica

en lo relativo a dicha enfermedad, indicando el tratamiento prescrito, las prestaciones otorgadas, las dificultades que hubiere tenido en su aplicación, y el municipio o lugar donde se realiza el mismo.

8.2. Al colegio Santa Marta Bilingual School y al Instituto Psicotécnico de Lectura Rápida Centro de Dislexia de la ciudad de Santa Marta, para que remitieran a esta Corporación, copia de todos los documentos obrantes en la carpeta de evaluación psicológica del hijo de la demandante.

8.3. A los Departamentos de Psicología de las Universidades, Nacional de Colombia, Andes y Javeriana, para que se sirvieran designar a un profesional especializado de dicho Departamento con el objeto de que revisara los documentos que obran en el expediente de tutela y emitiera un concepto profesional sobre: (i) las características generales del trastorno déficit de atención o dislexia, sus niveles de gravedad, y los efectos que podría producir en un menor de edad la no prestación del debido tratamiento médico; (ii) las características y probables causas y secuelas de la patología sufrida por el menor y su nivel de gravedad; (iii) la importancia o no, de que el Instituto Psicotécnico de Lectura Rápida Centro de Dislexia continúe el tratamiento prescrito, y las consecuencias que se podrían derivar de su interrupción. Adicionalmente, se solicitó respondieran el siguiente cuestionario: ¿Es posible atender al menor con un psicólogo sin especialidad en esa materia?, ¿qué tan importante es que el profesional sea especialista en el área?, ¿qué tan importante es para el adecuado tratamiento del menor la cercanía física de sus padres y la no ruptura del núcleo familiar?.

La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, el Colegio Santa Marta Bilingual School y las Universidades Javeriana y Nacional, enviaron los documentos e informes solicitados. Por su parte, la Universidad de los Andes pidió una prórroga de ocho (8) días para remitir el concepto especializado. Concedido y vencido dicho término, la Universidad de los Andes omitió enviar el referido concepto.

En el análisis del caso concreto la Sala hará referencia al contenido de los informes y documentos enviados.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo determinado en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento del auto de ocho (8) de octubre de dos mil nueve (2009), expedido por la Sala de Selección Número Diez (10) de esta Corporación.

a. Problema jurídico planteado

De acuerdo con los hechos expuestos y las precisiones realizadas, corresponde a la Sala Novena de Revisión determinar si el Ministerio de Defensa Nacional -Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar-, vulneró los derechos constitucionales a la unidad familiar y al trabajo de Alejandra Ardila Polo y a la salud de su menor hijo, al haber ordenado su traslado del cargo de Juez Diecinueve (19) de Instrucción Penal Militar con sede en Santa Marta, al de Juez Sesenta y Siete (67) de Instrucción Penal Militar con sede en San Vicente del Caguán, teniendo en cuenta que el menor aparentemente presenta problemas de aprendizaje que requieren un tratamiento profesional que no se podría suministrar en el municipio al que ha sido trasladada la actora.

Para dar solución al problema jurídico planteado, la Corte Constitucional reiterará su jurisprudencia sobre (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir el traslado de un servidor público y; (ii) el ejercicio del ius variandi por parte de la administración en plantas de personal de carácter global y flexible. Asimismo, (iii) se pronunciará sobre la facultad de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar para ordenar el traslado de los servidores públicos al servicio de dicha jurisdicción. Finalmente, la Sala aplicará esta jurisprudencia constitucional para solucionar el caso concreto.

b. Solución del problema jurídico

Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir el traslado de un servidor público. Reiteración de jurisprudencia.

1. En diversos pronunciamientos la Corte Constitucional ha señalado que por regla general, la acción de tutela es improcedente para discutir un acto administrativo que ordena el traslado de un servidor público[8]. La consideración anterior encuentra sustento en el principio de subsidiariedad que caracteriza la acción de tutela (art. 86 C.P.), y en la existencia, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, de mecanismos ordinarios de defensa judicial, en principio idóneos para resolver este tipo de disputas, como es el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual asimismo concede la posibilidad de suspender provisionalmente el acto administrativo desde el inicio de la actuación.

1.1. No obstante, esta Corte, buscando una correcta ponderación entre los principios de subsidiariedad de la acción de tutela y efectividad de los derechos fundamentales, señaló que en ciertas circunstancias, de manera excepcional procede la acción de tutela en este escenario constitucional, cuando el acto administrativo que ordena el traslado “(i) sea ostensiblemente arbitrario, es decir, carezca de fundamento alguno en su expedición, (ii) fuere adoptado en forma intempestiva y (iii) afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar”[9].

Esto último sucede cuando la decisión de la administración amenace de manera grave la situación del trabajador o de su núcleo familiar, porque “(i) el traslado tenga como consecuencia necesaria la afectación de la salud del servidor público o de alguno de los miembros de su núcleo familiar, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido; (ii) cuando la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tiene como consecuencia necesaria la ruptura del núcleo familiar, siempre que no suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables; (iii) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia. En los anteriores eventos, la Corte ha enfatizado que no toda implicación de orden familiar y económico del trabajador causada por el traslado, tiene relevancia constitucional y amerita la procedencia del amparo transitorio. Las circunstancias concretas deben revestir particular gravedad, de manera tal que sea necesario el concurso del juez constitucional para conjurar un perjuicio irremediable”[10].

1.2. En suma, únicamente en estas hipótesis es posible la intervención del juez de tutela para impugnar por vía constitucional un acto administrativo que ordene el traslado de un servidor público. Desbordar esta frontera, implica una intromisión ilegítima en la competencia del juez administrativo.

El ejercicio del ius variandi por parte de la administración en plantas de personal de carácter global y flexible. Reiteración de jurisprudencia.

2. El ius variandi ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como “la potestad del patrono en ejercicio de su poder subordinante para alterar las condiciones en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo de sus empleados”[11]. Igualmente, ha precisado que esta facultad no es absoluta, ya que tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos fundamentales de la persona y los derechos mínimos reconocidos en el ordenamiento jurídico al trabajador[12].

2.1. Tratándose de servidores públicos, esta Corporación se ha cuestionado sobre la aplicabilidad que tienen las garantías laborales que limitan los alcances y el ejercicio del ius variandi, cuando el empleador es justamente un ente estatal. Así, en sentencia C-443 de 1997, al estudiar la constitucionalidad de diversas normas de la Ley 201 de 1995, por medio de la cual “se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación”, el Pleno de esta Corporación se preguntó si “¿los servidores públicos tienen derecho a la misma garantía de estabilidad en el empleo que contempla el régimen jurídico laboral privado?”. Al absolver el interrogante planteado, la Corte consignó lo siguiente:

“21. Para resolver el anterior interrogante, la Corte encuentra que la relación entre el Estado y sus trabajadores debe regirse teniendo en cuenta dos aspectos determinantes. En primer lugar, los servidores públicos son las personas de las cuales el Estado se vale para el cumplimiento de sus funciones esenciales y específicas para la búsqueda de los objetivos públicos, por lo cual la relación de trabajo al interior de la administración pública comporta un contenido de interés general (C.P. inciso 2 art. 123), pues el cumplimiento de las funciones administrativas del Estado se hace efectivo y se concreta a través de la actividad de personas físicas que plasman el interés de una colectividad organizada. Y, en segundo lugar, no debe olvidarse la posición privilegiada en que se encuentra la persona en la Constitución, pues en una Carta Política con clara orientación humanista, el individuo trabajador no puede ser tan sólo un instrumento de ejecución de políticas estatales, sino que goza de efectivas y permanentes garantías inherentes a su status. Por consiguiente, los trabajadores del Estado también gozan de derechos derivados del empleo, toda vez que tanto los funcionarios como los empleados públicos deben disfrutar de las efectivas y permanentes garantías inherentes a su condición de individuos que prestan su mano de obra remunerada para la consecución de un fin determinado. Esto significa que si bien para determinados efectos puede ser relevante constitucionalmente la diferenciación entre trabajadores de la administración, quienes ejercen su función por condiciones especiales de sujeción al desarrollo de intereses colectivos, y los trabajadores que se rigen por el derecho privado, en todo caso existen derechos laborales mínimos que deben respetarse”.

En el mismo sentido, en sentencia T-468 de 2002, en donde se analizó el caso de un funcionario del INPEC que fue trasladado de una penitenciaría con sede en el municipio de Cúcuta a una cárcel del distrito judicial de la ciudad de Santa Marta, esta Corte, al referirse a las fronteras del ius variandi, recalcó que “su alcance no está circunscrito únicamente a las relaciones entre particulares, sino que, por el contrario, resulta completamente válido cuando el empleador es una entidad de derecho público, pues los límites a su ejercicio se derivan del reconocimiento del trabajador como sujeto de derechos y no del tipo de vinculación o de la clase de empleador que se tenga”.

Así las cosas, los trabajadores del Estado también gozan de los derechos laborales derivados del

empleo y de aquellos que por su condición de persona les son protegidos por la Constitución Política, ya que el ejercicio de los mismos se desprende del reconocimiento del trabajador como sujeto de derechos y no de la naturaleza del vínculo laboral que con un determinado empleador se tenga[13].

2.2. No obstante lo anterior, de acuerdo con la especial relación de las personas que prestan sus servicios a la administración y a los fines constitucionales encomendados a los diferentes entes que conforman el aparato estatal, los derechos laborales de que los servidores públicos son titulares, presentan unos alcances y límites disímiles a los que se predicen de los trabajadores particulares. Sobre el referido tópico, y en orden a la facultad de disponer traslados en la administración pública, esta Corporación en sentencia T-770 de 2005 señaló:

“Dentro de los aspectos susceptibles de variación a través [de la figura del *ius variandi*], está el del cambio de lugar de ejecución del contrato laboral, traslado, o movilidad geográfica, que tampoco puede ser fruto de la arbitrariedad y el capricho del empleador, sino, que debe obedecer a razones objetivas y válidas bien de índole técnicas, operativas, organizativas o administrativas que lo hagan ineludible o al menos justificable.

Tratándose de un empleador del sector público, la jurisprudencia ha considerado que estas razones se representan suficientemente y se encuentran implícitas en la necesidad de satisfacer un servicio público, con una buena realización del mismo, siempre y cuando se respeten los derechos objetivos del trabajador a conservar las condiciones del empleo. De ahí, que las razones del buen servicio público que tenga la Administración, priman sobre las subjetivas que oponga el empleado trasladado, ya que el cumplimiento de las obligaciones del Estado no puede estar condicionado o sometido a los intereses personales de cada uno de sus servidores, pues así, la movilidad geográfica en la función pública sería absolutamente imposible, aunque es de advertir, que en ese desarrollo interpretativo no se ha desconocido que una determinación en tal sentido, alguna incomodidad genera para quien se le ordena”.

2.3. Del mismo modo, ha dicho la Corte que existen ocasiones en las cuales, atendiendo a los específicos fines y funciones encomendados a determinadas entidades, el legislador ha previsto la creación de plantas de carácter global y flexible que le permitan a la administración adoptar con la suficiente celeridad las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las funciones a su cargo y facilitar, entre otros aspectos, el traslado, ascenso y movilidad de los servidores de dichos cuerpos estatales[14]. El establecimiento de este tipo de plantas de personal no viola por sí mismo los derechos constitucionales de los trabajadores, siempre y cuando se respete su contenido mínimo. Sobre este aspecto, en sentencia T-715 de 1996, con ocasión de la tutela interpuesta por una funcionaria de la Aeronáutica Civil que fue trasladada de la ciudad de Ibagué a la de Girardot, la Corte puntualizó:

“Con todo, prima facie no se observa una evidente contradicción entre el establecimiento de las plantas globales y la normativa constitucional. La planta de personal global y flexible tiene por fin garantizarle a la administración pública mayor capacidad de manejo de su planta de funcionarios, con el objeto de atender las cambiantes necesidades del servicio y de cumplir de manera más eficiente con las funciones que le corresponden. Este es, pues, un punto en el que existe tensión entre el interés general y los deberes del Estado, y los derechos de los trabajadores. Sin embargo, no es claro que el establecimiento de una planta global afecte el núcleo esencial de la estabilidad y los derechos de los trabajadores, ya que éstos siguen gozando de ellos, pero en una forma tal que se armonizan con el interés de elevar la eficiencia de la administración.”
(Énfasis en el original)

En estos casos, aunque el empleador cuenta con un amplio margen discrecional para ordenar un traslado, debe, sin embargo, valorar las circunstancias personales del trabajador, sus condiciones laborales y, en especial, las necesidades del servicio como aspecto, este último, que ha de motivar el traslado. Así, en sentencia T-715 de 1995, la Corte Constitucional fijó algunos elementos que limitan la autoridad de la administración al momento de ordenar el traslado de sede y funciones de los servidores públicos a su servicio, señalando lo siguiente:

“En conclusión, de la jurisprudencia de la Corte sobre traslados se deduce que 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 muy especiales la administración debe consultar también los efectos que la reubicación del funcionario puede tener sobre el entorno del mismo”.

2.4. En relación con las consecuencias negativas que el traslado pudiese conllevar sobre el entorno del trabajador, esta Corte en sentencia T-770 de 2005 precisó que “si bien es cierto que el lugar de trabajo involucra relaciones de gran importancia, como las familiares, el ambiente social y cultural, elementos económicos como la vivienda, el transporte y otros, y que el traslado geográfico o locativo del trabajador es parte del derecho de variación o modificación de las condiciones de trabajo que le asiste al empleador público, dadas las repercusiones y trascendencia que tiene para el trabajador en aspectos como los enunciados, la potestad debe ser ejercida con especial cuidado, cuando los requerimientos para la prestación del servicio lo hagan ineludible y respetando las garantías de estabilidad tanto laboral como personal del trabajador, sin que estas últimas injustificadamente se conviertan en óbice para el efecto”.

En armonía con lo expuesto, en sentencia T-468 de 2002, la Corte Constitucional concluyó que “la estabilidad territorial de quienes laboran en instituciones con planta global es menor a la de aquellos que lo hacen para otro tipo de entidades pues, como fue señalado, razones de interés general justifican un tratamiento diferente. No obstante, el ejercicio del ius variandi para ordenar traslados, por ejemplo de una ciudad a otra en instituciones del orden nacional, tiene como supuesto la necesidad del servicio, y encuentra su límite en el respeto a los derechos adquiridos y la imposibilidad de desmejorar las condiciones laborales”.

2.5. En aplicación de la jurisprudencia anotada, y sobre el traslado de uniformados de la fuerza pública, es menester recordar la sentencia T-355 de 2000 y la T-1010 de 2007. En la primera de las providencias, esta Corporación revisó el caso de un agente de la Policía Nacional que, con autorización del Comandante de Policía de Cauca, cursaba 7º semestre de psicología en una universidad de la ciudad de Popayan y dictaba clase en el Colegio "Bienestar Social" de la Policía Seccional Cauca. La Corte, no obstante reconocer que con el traslado se veía afectado el acceso a la educación superior del actor, confirmó la sentencia de instancia que había negado el amparo. Preciso esta Corporación que tratándose de servidores de la fuerza pública, por la naturaleza y funciones de dicha fuerza, en materia de traslados la administración tiene un mayor grado de discrecionalidad en el ejercicio del ius variandi. Al respecto, el Tribunal Constitucional indicó:

“Teniendo en cuenta la delicada misión que se ha confiado a la Policía Nacional, es comprensible que exista un alto grado de discrecionalidad por parte de los superiores para realizar los movimientos que se consideren necesarios, máxime teniendo en cuenta la situación

de inseguridad y violencia que se vive actualmente en el país, pues lo contrario equivaldría a declinar en la labor que se le ha encomendado. No puede pretenderse dar un trato similar a una persona que trabaja en una empresa del sector privado, o en una actividad pública que permita mayor flexibilidad, que al miembro del Ejército o de la Policía Nacional cuyos servicios se requieran -según las necesidades del servicio- en cierto punto del territorio, pues en estos casos está claramente comprometido el interés público”.

No obstante, como ya se ha indicado, aún en el ámbito de la fuerza pública, las decisiones sobre traslado de personal, pese a su amplia discrecionalidad, deben ser respetuosas de los derechos mínimos del trabajador. Así, con ocasión de la sentencia T-1010 de 2007, la Sala Novena de Revisión se pronunció sobre el caso de una Juez de Instrucción Penal Militar que desempeñaba sus labores en la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander) y fue trasladada al municipio de Tame (Arauca), sin que el Ministerio demandado hubiere observado las especiales condiciones personales y familiares de la actora. La allí accionante pidió a la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, reconsiderara su orden en cuanto el cumplimiento de la misma acarrearía el menoscabo de sus derechos fundamentales y los de su núcleo familiar, pues su esposo sufría una penosa enfermedad que le obligaba a recibir un tratamiento médico de difícil suministro en el municipio de destino.

La Sala, tras referirse a los límites constitucionales del *ius variandi* en el sistema de planta de personal global y flexible del régimen especial del Ministerio de Defensa Nacional, concedió el amparo luego de encontrar acreditado en el expediente la alegada afectación *iusfundamental*. Señaló la Corte en el análisis del caso concreto lo siguiente:

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

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

2.6. En conclusión, en plantas de personal de carácter global y flexible, la administración cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para, en ejercicio del *ius variandi*, ordenar el traslado de un servidor público de una sede a otra. Sin embargo, para que la medida así adoptada no implique la vulneración de los derechos constitucionales del trabajador, (i) el empleador debe sustentar su decisión en razones del buen servicio; (ii) el traslado debe realizarse a un cargo de la misma categoría y con funciones afines, en cuanto no implique desmejora de las condiciones laborales y; (iii) han de tenerse en cuenta las consecuencias que el cambio de sede pudiere tener de manera grave sobre aspectos personales del servidor y su entorno familiar, en orden a evitar una intensa afectación de los derechos del núcleo familiar.

La Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y su facultad de ordenar el traslado de los

servidores públicos al servicio de dicha jurisdicción. Planta de Personal.

3. El artículo 216 de la Constitución Política señala que la Fuerza Pública está integrada "en forma exclusiva por las fuerzas militares y la Policía Nacional"[15]. Por su parte, el artículo 217 del mismo texto normativo indica que "[l]a Nación tendrá para su defensa unas fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. // Las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. (...)". A su turno, el artículo 218 superior señala que "[l]a Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil", cuyo principal fin constitucional es el mantenimiento de las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y el aseguramiento de la convivencia pacífica en el territorio nacional.

El Constituyente de 1991, en virtud de la particular naturaleza y función de la Fuerza Pública, previó un régimen especial de "carrera, prestacional y disciplinario" para las fuerzas militares y la Policía Nacional (art. 217 y 218 C.P.), así como el establecimiento de una Jurisdicción Penal Militar encargada de conocer de "los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio", mediante cortes marciales o tribunales militares integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro, y "con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar" (art. 221[16] C.P.)[17].

Del último aparte transcrito del artículo 241 constitucional, se desprende, en principio, que la Constitución Política ha confiado al legislador la reglamentación de aquellos aspectos atinentes a la estructura y funcionamiento de la Justicia Penal Militar. Un entendimiento literal del artículo 221 constitucional, lleva a concluir, así mismo, que la regulación de los aspectos concernientes a la estructura y funcionamiento de la Justicia Penal Militar únicamente puede hacerse a través del Código Penal Militar. No obstante, esta Corporación ya ha señalado que también a través de leyes ordinarias, puede el legislador realizar modificaciones e introducir regulaciones que considere necesarias a la Jurisdicción Penal Militar.

Al respecto, en sentencia C-676 de 2001, el Tribunal Constitucional indicó: "Ahora bien, del tenor literal de la disposición constitucional transcrita [art. 221 C.P.] podría pensarse que sólo a través del Código Penal Militar puede el legislador regular lo atinente a dicha jurisdicción, incluido, por supuesto, el régimen personal de sus funcionarios(...). No obstante, la Corte Constitucional se ha encargado de desvirtuar dicha lectura al sostener que también mediante legislación complementaria, entiéndase leyes ordinarias, el legislador puede incluir modificaciones e introducir regulaciones a la Jurisdicción Penal Militar".

En sentencia C-737 de 2006, al revisar la constitucionalidad del artículo 8 de la Ley 940 de 2005 que consagra los cargos de periodo fijo en la Justicia Penal Militar, la Corte advirtió que uno de los aspectos reservados en su regulación al legislador, es justamente el referente al régimen de personal de dicha jurisdicción. En efecto, la Corte puntualizó:

"Ahora bien, atendiendo a una interpretación sistemática de los artículos 125, 150-1-2-23, 217, 218 y 221 de la Constitución Política, esta Corporación ha señalado que la facultad para regular todo lo relacionado con la estructura y funcionamiento de la Justicia Penal Militar ha sido reservada al legislador, quien [en] ese campo goza de un amplio margen de configuración política para definir: (i) los comportamientos constitutivos de delito que de acuerdo con su competencia deben ser conocidos por esa jurisdicción especial, (ii) los procedimientos especiales que debe regir los juicios y, en general, (iii) todo lo relacionado con los órganos específicos que

la integran y con su régimen de personal, lo cual incluye la creación y supresión de cargos, la forma de provisión, permanencia y retiro, y la fijación de los requisitos y calidades requeridas para el ejercicio de los mismos". (Subrayado añadido)

3.1. Así, de conformidad con la normatividad constitucional reseñada, el legislador ordinario y extraordinario ha dictado diversas disposiciones que, entre otros aspectos, han reglado el régimen de carrera de los servidores públicos que hacen parte de la Fuerza Pública, y estructurado la conducción administrativa de la Justicia Penal Militar. En múltiples oportunidades, al pronunciarse en relación con la estructura y funcionamiento de la Jurisdicción Penal Militar[18], la Corte ha venido señalando algunos parámetros normativos que gobiernan su funcionamiento[19].

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que (i) la Justicia Penal Militar cumple por mandato constitucional una específica función judicial consistente en conocer de la investigación y juzgamiento de aquellos delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio[20]; (ii) la Jurisdicción Penal Militar está adscrita a la Fuerza Pública y hace parte de la Rama Ejecutiva del poder público. Sin embargo, la función judicial a ella encomendada, su organización y funcionamiento, necesariamente deben responder a los principios constitucionales que caracterizan a la administración de justicia[21] y; (iii) no obstante que las garantías esenciales de la administración de justicia deben observarse con la misma intensidad tanto en la jurisdicción ordinaria como en la penal militar, es posible que el legislador establezca regulaciones diferentes entre ellas, en la medida en que se presenten diferencias considerables entre una y otra[22].

3.2. Bajo tal óptica, es preciso advertir que mediante el Decreto 1512 de 2000 "por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones", se creó la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar como una dependencia interna del Ministerio de Defensa Nacional, con autonomía administrativa y financiera a la cual, conforme al artículo 26 del mismo Decreto, le corresponde "de acuerdo con las directrices impartidas por el Ministro de Defensa Nacional y el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar y las disposiciones del Código Penal Militar y demás normas relativas a la materia, la administración y dirección ejecutiva de la Justicia Penal Militar". (Subrayado añadido)

Igualmente, entre las funciones encomendadas a la mencionada Dirección Ejecutiva, están las de (i) ejecutar los planes, programas y decisiones adoptados por el Ministerio de Defensa Nacional en materia de administración de la Justicia Penal Militar; (ii) tomar o proponer, según su competencia, las decisiones necesarias para que la Justicia Penal Militar se administre oportuna y eficazmente; (iii) adelantar los trámites relativos a la administración del personal de la Justicia Penal Militar, de conformidad con el Código Penal Militar, las normas vigentes, la delegación que reciba para el efecto y los procedimientos internos del Ministerio de Defensa Nacional y; (iv) recomendar al Ministro las decisiones a adoptar relacionadas con la ubicación de los despachos, recursos humanos y físicos para la mejor prestación del servicio.

3.3. Los decretos 1790 y 1791 de 2000, regularon la carrera del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares; y de oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, respectivamente. Los referidos decretos establecen un escalafón general para los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, al igual que una clasificación por especialidades, entre las que se encuentra el cuerpo de oficiales de las fuerzas militares para la Justicia Penal Militar, y la especialidad de oficiales de la Policía Nacional para la Jurisdicción Penal Militar, colectivos que junto con el personal civil no uniformado de que trata el Decreto 1792 de 2000,

conforman la planta de servidores públicos del Ministerio de Defensa Nacional al servicio de la Justicia Penal Militar[23].

3.3.1. En efecto, el artículo 10 del Decreto 1790 de 2000, clasifica de manera general a los oficiales del ejército[24] en (a) oficiales de armas; (b) oficiales del cuerpo logístico; (c) oficiales del cuerpo administrativo y; (d) oficiales de Justicia Penal Militar. Los artículos 12, 16 y 17, reglan la clasificación particular de los oficiales de armas, cuerpo logístico y cuerpo administrativo, respectivamente, mientras que el Título III, relativo a la administración de personal, capítulo II "normas para los oficiales del cuerpo de justicia penal militar", señala en su artículo 72 que "son oficiales del Cuerpo de Justicia Penal Militar en las fuerzas militares, los profesionales con título de abogado obtenido conforme a las normas de educación superior vigentes en todo tiempo, escalafonados en el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, con el propósito de ejercer funciones de magistrados, jueces militares, fiscales militares, auditores de guerra, y funcionarios de instrucción. Igualmente pertenecen a este cuerpo los oficiales de las armas, cuerpo ejecutivo, cuerpo de vuelo, cuerpo logístico o cuerpo de seguridad y defensa de bases aéreas que obtuvieren el título de abogado e ingresen al servicio de la Justicia Penal Militar. // Parágrafo.- Los oficiales de las fuerzas militares en servicio activo pertenecientes al cuerpo administrativo y que desempeñen cargos en la Justicia Penal Militar, pasarán automáticamente a dicho cuerpo".

3.3.2. Por su parte, el artículo 7 del Decreto 1791 de 2000, clasifica el cuerpo profesional de la Policía Nacional en oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes, a la vez que en su parágrafo 1° señala que "[L]os oficiales que presten su servicio en la Justicia Penal Militar conforman la especialidad de oficiales de la Justicia Penal Militar". Sobre este último punto, el artículo 30 del mencionado Decreto señala que "[s]on oficiales de la especialidad de Justicia Penal Militar en la Policía Nacional, los oficiales con título de abogado, obtenido conforme a las normas de educación superior vigentes, con el propósito de ejercer funciones de magistrados, jueces militares, fiscales militares, auditores de guerra y funcionarios de instrucción. // Parágrafo.- Los oficiales de la Policía Nacional en servicio activo pertenecientes al cuerpo administrativo y que desempeñen cargos en la Justicia Penal Militar, pasarán automáticamente a dicha especialidad".

3.3.3. Igualmente, el Decreto 1792 de 2000 modificó el Estatuto que regula lo concerniente a la administración de personal de "los servidores públicos civiles del Ministerio de Defensa Nacional". El capítulo II del Título IV, se refiere a los empleos de la Justicia Penal Militar, señalando en el artículo 109, en particular, que "[l]os empleados civiles del Ministerio que desempeñen cargos en las diferentes instancias y despachos de la Justicia Penal Militar, que puedan ser desempeñados por civiles, se regirán por lo dispuesto en el presente Decreto. // Los requisitos para el desempeño de cargos que, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política y el Código Penal Militar, puedan ser ocupados por personal civil serán los mismos exigidos cuando tales cargos sean desempeñados por miembros de la Fuerza Pública, en lo pertinente. // Parágrafo. Para los efectos del presente artículo se entiende por civiles, quienes no sean miembros de la Fuerza Pública o se encuentren en uso de buen retiro".

3.3.4. Finalmente, el Decreto 1514 de 2000, "por el cual se modifican las plantas de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional al servicio de las fuerzas militares y de la Policía Nacional contenidas en los Decretos 1748 de 1993 y 1260 de 1994 y se fija la planta de la Justicia Penal Militar", constituyó, a través de su artículo 3°, la planta de servidores públicos del Ministerio de Defensa Nacional al servicio de la Justicia Penal Militar, estableciendo la denominación, número de cargos y las distintas dependencias a los cuales pertenecen.

En acuerdo con lo anterior, la Ley 940 de 2005, aplicable a los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en retiro, así como al personal civil que se desempeña como funcionarios en la Justicia Penal Militar, establece los requisitos necesarios para el ejercicio de los cargos con funciones jurisdiccionales en la Jurisdicción Penal Militar, difiriendo en el Gobierno Nacional-Ministerio de Defensa, la realización del proceso de selección de dicho personal, "a través de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, de acuerdo con las directrices impartidas por el Ministro de Defensa Nacional y el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar", cargos entre los cuales se encuentra el de Juez de Instrucción Penal Militar. (Subrayado añadido)

En conclusión, corresponde a la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, dependencia interna del Ministerio de Defensa Nacional con autonomía administrativa y financiera, administrar y dirigir aquellos asuntos relativos al manejo del personal que presta sus servicios en la Jurisdicción Penal Militar (Decreto 1512 de 2000). Del mismo modo, las normas que se refirieron en precedencia (Decretos 1790, 1791 y 1792 de 2000), determinan cuáles son los miembros uniformados y no uniformados de la Fuerza Pública y al servicio del Ministerio de Defensa Nacional que hacen parte de la planta de personal de la Justicia Penal Militar, y los cargos a proveer en esa jurisdicción (Decreto 1514 de 2000), entre los que se encuentra el de Juez de Instrucción Penal Militar (Decreto 091 de 2007 y Ley 940 de 2000).

c. Del caso concreto

Cuestión preliminar

1. La Sala identifica un aspecto sobre el cual no existe suficiente claridad en materia probatoria, y que conviene dilucidar de forma preliminar, por cuanto resulta importante al momento de enjuiciar la presunta afectación iusfundamental alegada, esto es, la acreditación de los problemas de atención que aparentemente ha venido padeciendo el hijo de la accionante. Por ello, previo a resolver sobre la plausibilidad de los argumentos planteados por los extremos procesales y tomar la decisión que en derecho corresponda, la Corte se referirá al mismo.

1.1. La demandante allega al expediente los siguientes documentos: (i) informe suscrito por la psicóloga Cecilia Gnecco Ortiz y la fonoaudióloga Carmiña Eraso, profesionales al servicio del colegio "Santa Marta Bilingual School"; (ii) certificación y constancia firmada por Liliana Guardiola Rua, Directora del Instituto Psicotécnico de Lectura Rápida -IPLER- de la ciudad de Santa Marta y; (iii) "reporte de evaluación neurocognositiva", rubricado por Roxana Betancourt, especialista en trastornos cognitivos. Con ellos pretende demostrar que su menor hijo presenta problemas de aprendizaje que requieren un tratamiento especializado, difícil de suministrar en la base militar de San Vicente del Caguán a la que ha sido trasladada.

1.1.1. Según se informa en el documento firmado por la psicóloga Cecilia Gnecco Ortiz el 28 de mayo de 2009, el menor fue remitido a su evaluación en distintas ocasiones por la docente a su cargo, con distintas anotaciones sobre su comportamiento. Así, el 10 de septiembre de 2007 la directora de grupo de kinder conceptúa que el estudiante presenta dificultad para mantener la atención, se distrae frecuentemente hablando solo y no sigue instrucciones. El 29 de enero de 2008 la misma docente advierte que el niño tiene "atención dispersa, busca siempre realizar actividades con ayuda de otros [y] [s]e altera fácilmente cuando no se cumplen sus deseos". Finalmente, el 20 de enero de 2009 indica que el estudiante evidencia "cambios en su actitud[,] no sigue instrucciones y reacciona negativamente a las instrucciones (sic) y ordenes (sic) de sus profesoras[,] no desea hacer las actividades". (fl. 38 Cdno.1)

1.1.2. La fonoaudióloga Carmiña Eraso señala en documento de data 3 de junio de 2009, que el hijo de la accionante "se encuentra actualmente asistiendo al Learning Support Center del Colegio Bilingüe de Santa Marta, por presentar fallas en la adquisición del código lecto-escrito, además de ello, presenta dificultad en los procesos de atención, concentración y memoria, precurrentes muy importantes en la adquisición de todos los aprendizajes, razón por la cual debe continuar asistiendo a este apoyo especializado en la institución, y de la misma manera a nivel externo en fonoaudiología y terapia ocupacional, a fin de mejorar y lograr desempeños óptimos en su vida académica, personal y social. Es importante, que los docentes continúen aplicando las estrategias en el aula, pertinentes para poder ayudarlo, y que sigan siendo capacitados en el manejo de su problemática".(fl. 39 Cdno. 1)

1.1.3. Liliana Guardiola el 29 de mayo de 2009 certifica que el menor "se encuentra en esta institución [IPLER –Santa Marta-] recibiendo tratamiento en fonoaudiología y terapia ocupacional, desde el mes de enero de 2008 hasta la presente, debido a que presenta dificultades en el proceso de su aprendizaje. // Es necesario que el niño mantenga continuidad en el proceso terapéutico, con el fin de mejorar su desempeño educativo". Asimismo, en escrito sin fecha, describe lo que califica de "signos y síntomas" del menor, de la siguiente manera: "paciente de 6 años de edad que durante evaluación manifestó dificultades en los dispositivos básicos del aprendizaje (atención-memoria-concentración) las cuales han configurado un déficit de atención. Este trastorno se caracteriza por experimentar dificultades para mantener la atención, dificultad para organizar y ejecutar tareas escolares, fallas en el seguimiento de instrucciones, falta de autocontrol, baja tolerancia a la frustración, dificultades para iniciar y culminar con éxito las actividades que se le solicitan. Estas debilidades interfieren significativamente en su rendimiento personal, social y académico". (fl 40 Cdno.1)

1.1.4. La especialista en trastornos cognitivos Roxana Betancourt indica que los resultados de la evaluación neurocognitiva del menor arroja las siguientes conclusiones: (i) "[el niño] cuenta con capacidades para el aprendizaje las cuales deben ser potencializadas para que pueda alcanzar un mayor desempeño en su proceso escolar"; (ii) presenta compromiso cognitivo en las funciones de atención[25], lenguaje[26] y psicomotricidad[27]" y; (iii) se recomienda rehabilitación cognitiva, terapia fonoaudiológica y practicar un deporte. (fl. 47 Cdno.1)

1.2. Por su parte, el Ministerio demandado allegó informe suscrito por el Director de Sanidad Militar, en el que este último da respuesta a una consulta que realizara la Dirección Ejecutiva sobre el concepto emitido por los profesionales particulares que atendieron al menor. En el mismo, se expresa lo siguiente: "La documentación aportada corresponde a unos informes de evaluación fonoaudiológica, respetables desde el punto de vista profesional por cuanto provienen de los especialistas tratantes, en cuya conclusión se observa la valoración de un trastorno neurocognoscitivo del niño valorado. // En cuanto a la consideración del tipo de diagnóstico del menor, no es posible emitir un concepto, por cuanto tal valoración científica corresponde al especialista en neuropsicología, quien de acuerdo a sus conocimientos determinará si el diagnóstico referido por las profesionales tratantes en la actualidad obedece a una enfermedad o no y si está dentro de algún tipo y por consiguiente determinará si requiere o no tratamiento, para establecer el sitio ó lugar de nivel de atención en salud". (fl. 94 y 95 Cdno.2)

1.3. La Corte Constitucional, por auto de 1° de diciembre de 2009 decretó la práctica de pruebas por considerarlas útiles y por ende, necesarias para resolver de fondo. En virtud de lo anterior se ofició a los Departamentos de Psicología de las Universidades Nacional de Colombia, Andes y Javeriana, así como a la Dirección de Sanidad Militar del Ejército Nacional, para que remitieran

a esta Corporación informe sobre diferentes tópicos relacionados con el diagnóstico allegado por la demandante y las prestaciones otorgados por Sanidad Militar al atender el caso del hijo de la accionante[28].

1.3.1. El Departamento de Psicología de la Pontificia Universidad Javeriana, a través de su profesor asociado Juan Daniel Gómez R. (Dr. Phil; Dipl-Psych) conceptuó lo siguiente[29]:

Sobre los diagnósticos hechos por IPLER y la profesional Roxana Betancourt afirmó que "[n]o existe claridad sobre el diagnóstico del paciente. IPLER es una institución de educación no-formal cuyo objeto social no es la prestación de servicios de salud para el diagnóstico y tratamiento de problemas neuropsicológicos. Es cierto que este tipo de instituciones pueden coadyuvar en el logro de los objetivos terapéuticos que proponga un profesional de la neuropsicología clínica, pero dichas intervenciones están controladas en Colombia por la ley de talento humano y las demás disposiciones que el Ministerio de Protección Social y las Secretarías de Salud han dispuesto para tales efectos. // La profesional Roxana Betancourt (especialista en trastornos cognitivos) no estaría en capacidad profesional de hacer diagnósticos neuropsicológicos clínicos o de fungir como neuropsicóloga clínica. Aunque en Colombia el ejercicio de la neuropsicología no está reglamentado, la comunidad nacional de especialistas en las llamadas ciencias de la vida tiene conocimiento suficiente en cuanto que este tipo de diagnóstico debe ser hecho por un(a) neuropsicólogo(a) clínico(a)". (fl. 82 Cdno. 3)

Adicionalmente, el experto de la Universidad Javeriana expresó que "[e]l único diagnóstico que aparece es déficit de atención. De acuerdo con los documentos aportados y de acuerdo con los estándares neuropsicológicos nacionales e internacionales, no hay un protocolo adecuado para concluir que el niño en mención presente dicho déficit. (...). Por su parte, la profesional Roxana Betancourt (especialista en trastornos cognitivos) plantea como conclusión: "compromiso en atención focalizada y sostenida" // "problemas de lectoescritura con una base espacial y de representación mental" // "problemas leves de psicomotricidad (equilibrio)" // "problemas de memoria visual" // "problemas de funciones ejecutivas (organización y estructuración)" //. Ninguna de las afirmaciones que presenta en su informe la profesional en mención es una categoría diagnóstica aceptada en las clasificaciones internacionales, ni son utilizadas en esta forma por la comunidad neuropsicológica nacional e internacional. No basta con afirmar que existe "compromiso" o "problemas" en una determinada función neurocognitiva o cerebral superior para afirmar que hay un trastorno o síndrome neuropsicológico específico. Se debe especificar el grado de compromiso y las características del "problema" de manera que, a partir de escalas o medidas cuantitativas se puedan determinar objetivamente la gravedad del trastorno y así asumir las medidas terapéuticas necesarias e indicadas para resolverlo de la manera más adecuada posible. // La mencionada profesional plantea que utilizó un protocolo estandarizado, pero no existe un protocolo estandarizado en Colombia, mucho menos para niños, que utilice las pruebas que afirma haber utilizado. De hecho, las pruebas que utilizó no están indicadas para la edad del paciente (cartas de wisconsin, figura compleja de rey). La batería ozeretzki que utilizó fue diseñada hace 25 años y no sólo es insuficiente, sino que no se usa comúnmente, por la comunidad científica y clínica, para hacer este tipo de diagnóstico". (fl. 84 Cdno.3)

En torno a la pregunta sobre si el Instituto Psicotécnico de Lectura Rápida Centro de Dislexia debe continuar el tratamiento prescrito y las consecuencias que se podrían derivar de su interrupción, el profesional de la Universidad Javeriana sostuvo que "No hay un tratamiento específico, prescrito por un especialista". (fl. 87 Cdno.3)

1.3.2. Entre tanto, la Dirección de Sanidad Militar, en lo concerniente al diagnóstico de la

condición del menor, manifestó que "[v]erificada la historia clínica del menor no se encontró registro alguno del caso en mención, por tal motivo se requiere de manera prioritaria que el mencionado paciente sea valorado por un médico adscrito al subsistema de salud de las FFMM y posteriormente remitido a un equipo interdisciplinario, conforme por las especialidades (sic) de neurología, neuropediatría, fonoaudiología y terapia ocupacional, psicología, el cual determinará el tratamiento a seguir". (fl. 41 Cdno. 3)

1.4. Vistas así las cosas, a juicio de la Sala no está demostrado que el menor padezca déficit de atención o los alegados problemas de aprendizaje. Ello por cuanto, como lo certificó el experto de la Pontificia Universidad Javeriana, el profesional idóneo para diagnosticar las patologías a que se refiere la actora, es el psicólogo especialista en neuropsicología, pues este último es quien tiene los conocimientos necesarios para realmente identificar los problemas relativos al déficit de atención que pudiere padecer una persona. En ese sentido, en el expediente no aparece ningún documento suscrito en debida forma en el que se declare la presencia de problemas de aprendizaje en el menor hijo de la demandante.

En efecto, la psicóloga del colegio al que asiste el niño, únicamente refiere que este ha sido remitido para su evaluación, sin embargo entre los documentos que envió el colegio a solicitud de esta Corporación, no se halla un diagnóstico de la alegada patología firmado por ella. Del mismo modo, los documentos suscritos por la fonoaudióloga de la institución educativa, el centro IPLER y la especialista en trastornos cognitivos, no constituyen prueba con la entidad suficiente para acreditar los problemas de aprendizaje del menor, pues no se demostró que los referidos conceptos hayan sido firmados por un profesional de la psicología o neuropsicología clínica.

No obstante lo anterior, aún tomando en consideración los dictámenes particulares agregados al expediente por la accionante, es manifiesto que los mismos no son categóricos en probar el diagnóstico que aduce la peticionaria, pues como lo puso de presente el especialista de la Universidad Javeriana, estos presentan serias falencias metodológicas en su realización y conclusiones que llevan a desvirtuar lo que con ellos se pretende probar.

De la procedencia de la acción de tutela en el presente asunto

2. Dilucidado lo anterior, pasa la Sala a verificar si en el asunto bajo estudio se presenta alguna de las hipótesis que permite la procedencia excepcional de la acción de tutela frente al acto administrativo que ordenó el traslado de la accionante, teniendo en cuenta además, su calidad de miembro de las fuerzas militares y trabajadora perteneciente a una planta de personal de carácter global y flexible[30].

2.1 La señora Alejandra Ardila Polo interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional -Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar-, al considerar que la demandada vulneró sus derechos constitucionales a la unidad familiar y al trabajo, así como el derecho fundamental a la salud de su menor hijo, al haber ordenado su traslado del cargo de Juez 19 de Instrucción Penal Militar con sede en Santa Marta, al de Juez 67 de Instrucción Penal Militar con sede en San Vicente del Caguán, decisión adoptada por la administración a través de resolución N° 00118 del 22 de mayo de 2009.

La resolución N° 00118 del 22 de mayo de 2009, proferida por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, por medio de la cual "se traslada a unos funcionarios de la planta de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional al servicio de la Justicia Penal Militar y

se disponen unos encargos" (fl 67 a 70 Cdno.1), constituye un acto administrativo susceptible de ser controvertido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, escenario idóneo en el cual las partes deben someter a consideración del juez administrativo, aquellas consideraciones jurídicas que le permitan a este, con base en los elementos de juicio pertinentes y el caudal probatorio obrante en el proceso, estudiar y pronunciarse sobre la legalidad de la decisión adoptada por la administración.

2.2. Sin embargo, conforme se indicó en los fundamentos normativos de esta sentencia, en determinados casos, con el específico objeto de efectivizar el respeto inmediato de las garantías constitucionales, la acción de tutela procede contra este tipo de actos administrativos cuando se demuestre que (i) el mismo es ostensiblemente arbitrario o, en otras palabras, carece de fundamento alguno; (ii) fue adoptado en forma intempestiva y; (iii) afecta en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar.

2.3. Bajo tal óptica, la Corte encuentra que la resolución impugnada por vía constitucional dispone respecto de la actora lo siguiente: "Artículo 1° Trasladar con fecha de presentación 23 de Junio de 2009, al siguiente personal de funcionarios de la Justicia Penal Militar para que se desempeñen en el mismo cargo de Juez de Instrucción Penal Militar, como en cada caso se indica: // Subteniente Ardila Polo Alejandra C.C.[...], del Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar con sede Santa Marta, al Juzgado 67 de Instrucción Penal Militar con sede en San Vicente del Caguán".

2.3.1. La resolución se justifica de la siguiente forma: "En desarrollo de los principios generales de la función administrativa consagrados en [el] artículo 209 de la Constitución Política y en ejercicio de las facultades legales conferidas por los numerales 2 y 5 del artículo 26 del Decreto 1512 de 2000, artículo 1° numerales 3 y 13 y artículo 4° numerales 2 y 9 de la resolución 0015 del 11 de enero de 2002, artículo 1° de la resolución 0162 de 2002, artículo 1° numeral 3 de la resolución 1295 de 2004, artículo 2° numeral 8 de la resolución ministerial N°. 0358 del 29 de enero de 2007, en concordancia con los artículos 34 y 53 del decreto ley 091 de 2007 y la resolución ministerial N°. 1710 del 06 de mayo de 2009// Resuelve: (...)".

2.3.2. Adicionalmente, ante petición de reconsideración que formulara la actora frente a la anterior resolución, la Dirección Ejecutiva confirmó la misma, justificando su decisión con las siguientes razones[31]: (i) la administración está ejecutando un plan de descongestión judicial, realizado dentro de una serie de medidas estructurales orientadas a mejorar los indicadores de gestión de la Justicia Penal Militar en vista de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio para esa jurisdicción, por ello es necesario el traslado de la accionante en orden a evacuar una serie de procesos; (ii) conforme a las directivas del Ministerio de Defensa, los servidores deben estar disponibles para ser trasladados a cualquier lugar del país y así mantener la equidad con el personal que lleva algún tiempo en zonas con complicaciones de orden público, "en este último aspecto se consideró el tiempo de permanencia en el despacho, teniendo en cuenta que fue designada en el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar con sede en la ciudad de Santa Marta, mediante resolución N°. 133 del 22 de mayo de 2007"; (iii) los artículos 34 y 35 del Decreto 091 de 2007 señalan que los traslados son de obligatorio cumplimiento y; (iv) "frente a la situación médica especial de su hijo, esta Dirección entiende su preocupación y consultará su caso con la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, con el fin de determinar en qué ciudades del país es posible acceder a la prestación del servicio que su hijo necesita". (fls. 189 y 190 Cdno.1)

2.3.3. Posteriormente, en escrito de fecha 06 de julio de 2009 en el que la Dirección Ejecutiva responde a un derecho de petición formulado por la accionante en el que solicita información

"con el fin de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa" y "ejercer las acciones que en derecho correspondan como perjudicada con la expedición de la resolución N°. 00118 del 22 de mayo de 2009" (fl. 64 Cdno. 2), la administración le indica, entre otras cosas, que "para el caso particular, se debe resaltar que no obra antecedente alguno en su hoja de vida que le permitiera a esta Dirección Ejecutiva conocer su situación familiar respecto de los problemas de aprendizaje y concentración de su menor hijo (...) y que solo con ocasión de la acción de tutela se vino a poner en conocimiento de la administración este hecho". (fl. 68 Cdno. 2)

2.3.4. Finalmente, en el trámite de tutela la demandada expuso las mismas consideraciones que arguyó al resolver la petición de reconsideración y dar respuesta al derecho de petición referido, añadiendo, como defensa procesal, que (i) el acto administrativo sí estuvo motivado en razones de orden jurídico y en la situación de otra funcionaria que llevaba bastante tiempo en una zona de complicado orden público; (ii) la accionante se encuentra en posición especial como oficial y está sometida a los imperativos de disciplina y disponibilidad permanente propios de la vida militar; (iii) la peticionaria suscribió una carta de adhesión en la que se comprometió a cumplir con los traslados que se le ordenaran; (iv) por la calidad de militar de la accionante, los alcances y límites del ius variandi son distintos de aquellos que se predicen de los trabajadores particulares; (v) el dictamen profesional a que alude la demandante no ha sido ratificado por un médico adscrito al servicio de Sanidad Militar; (vi) las manifestaciones que hubiere realizado la anterior Directora Ejecutiva sobre el traslado a [Villavicencio] no comprometen a la administración ya que no se materializaron en un acto administrativo vinculante.

2.4. Por su parte, la actora, en lo atinente a la resolución atacada, considera que su traslado fue adoptado de manera intempestiva y arbitraria porque (i) no es cierto que los traslados obedecieron al proceso de transición hacia el nuevo sistema penal acusatorio en la Justicia Penal Militar, ya que algunos funcionarios que fueron capacitados en el mismo no fueron trasladados a lugares donde entrará en vigencia el nuevo sistema, así como otros servidores que no recibieron capacitación sí fueron enviados a distritos cobijados por el nuevo modelo de encauzamiento penal; (ii) la Dirección Ejecutiva desconoció las especiales condiciones personales y familiares que la hacen merecedora de un trato excepcional y; (iii) su traslado estaba proyectado para Villavicencio, sin embargo sorpresivamente se le trasladó a San Vicente del Caguán.

Asimismo, la peticionaria se pronunció sobre los descargos que hizo el Ministerio demandado en el proceso de tutela, señalando que (i) el traslado implicaría el menoscabo de la salud de su menor hijo porque este requiere de un tratamiento especializado que no se le garantiza en San Vicente del Caguán; (ii) la delicada situación de orden público le impide llevar a su hijo a las instalaciones de San Vicente del Caguán, afectándose de este modo la unidad familiar; (iii) la decisión de la administración desconoció las especiales condiciones personales y familiares que la hacen acreedora de un trato excepcional; (iv) la disciplina militar no implica que deba permitir que se vulneren los derechos de su hijo; (v) el documento de adhesión que suscribió no puede entenderse como renuncia al ejercicio y defensa de sus derechos fundamentales y; (vi) la sentencia T-1010 de 2007 constituye precedente constitucional y por tanto gobierna la resolución de su caso.

3. Encuentra la Sala que los cargos formulados por la accionante contra el acto administrativo impugnado, no tienen una entidad suficiente para demostrar la ostensible arbitrariedad, intempestividad y afectación iusfundamental exigida por la jurisprudencia constitucional para la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a la decisión de la administración de ordenar su traslado a San Vicente del Caguán. A esta conclusión se llega a partir de las siguientes

consideraciones:

3.1. La Sala evidencia que la Dirección Ejecutiva logró demostrar la existencia de una razón del servicio suficientemente congruente que justifica el traslado de la accionante y desvirtúa la arbitrariedad de la que la actora acusa al acto administrativo que dispuso el mismo.

3.1.1. Conforme se expuso en los fundamentos normativos de esta sentencia, en las plantas de personal de carácter global y flexible la administración cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para, en ejercicio del *ius variandi*, ordenar el traslado de un servidor público de una sede a otra, en cuanto la decisión así adoptada no conlleve la vulneración de los derechos constitucionales del trabajador. Esto último sucede, entre otras hipótesis, cuando el empleador no sustenta su decisión en razones del buen servicio y traslada al servidor a un cargo en el cual se desmejora su situación laboral.

3.1.2. La demandada, en ejecución de una política de equidad en las condiciones laborales de los trabajadores a su servicio, intercambió en sus cargos a funcionarias que habían permanecido por cerca de dos años en zonas de complicado orden público, por otras que habían prestado sus servicios en ciudades capital con circunstancias normales de seguridad.

En efecto, está acreditado que (i) de acuerdo al artículo 26 del Decreto 1512 de 2000, la Dirección Ejecutiva es competente para disponer el traslado de los funcionarios al servicio de la Jurisdicción Penal Militar en las distintas sedes; (ii) dentro de las directrices que el Ministerio de Defensa Nacional impone a la Dirección Ejecutiva en orden a ejecutar el traslado del personal al servicio de esa jurisdicción, se encuentra aquella consistente en armonizar los criterios de estabilidad en el empleo, bienestar del personal, disponibilidad permanente, y equidad en el tiempo destacado en lugares con complicaciones de orden público[32]; (iii) la actora prestó sus servicios por más de dos años en una ciudad capital con condiciones normales de orden público (Santa Marta) en calidad de Juez 19 de Instrucción Penal Militar[33]; (iv) la servidora a quien reemplazaría la accionante llevaba dos años y dos meses en el cargo de Juez 67 de Instrucción Penal Militar con sede en San Vicente del Caguán, zona con complicaciones de orden público, por lo que fue trasladada a un cargo en una ciudad capital (Juez 74 de Instrucción Penal Militar con sede en Bogotá)[34] y; (v) la Juez designada para reemplazar a la peticionaria en el cargo de Juez 19 de Instrucción Penal Militar a su turno, había permanecido cerca de dos años como Juez 62 de Instrucción Penal Militar con sede en San José del Guaviare, ciudad capital pero con condiciones adversas de orden público[35].

De modo que, en criterio de la Sala, atendiendo a la naturaleza global y flexible de la planta de personal al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, y a la política de igualdad de las condiciones laborales entre los servidores a las órdenes de la Jurisdicción Penal Militar, la decisión de trasladar a la peticionaria del cargo de Juez 19 de Instrucción Penal Militar con sede en Santa Marta, al de Juez 67 de Instrucción Penal Militar con sede en San Vicente del Caguán, se fundó en una válida razón del servicio, que respetó la situación laboral de la actora al trasladarla a un cargo de igual jerarquía.

3.2. Lo anterior igualmente permite desvirtuar la aludida intempestividad de la medida, pues, de una parte, las necesidades del servicio dejan abierta la posibilidad de adoptar esta clase de decisiones en una planta de personal de carácter global y flexible, y de otra, este tipo de movimientos es periódico en la Justicia Penal Militar para garantizar la equidad entre los servidores de esa jurisdicción, situación por demás conocida de antemano por la actora.

3.3. Igualmente, advierte la Sala que no se ven afectados de forma grave y directa los derechos fundamentales de la accionante y su núcleo familiar. Respecto de este último tópico la Corte observa lo siguiente:

La jurisprudencia constitucional ha considerado que se afecta de manera clara, grave y directa los derechos fundamentales de un trabajador y su núcleo familiar, cuando (i) el traslado tiene 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 que esté requiriendo; (ii) la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tiene como consecuencia ineludible la ruptura del núcleo familiar, siempre que no suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables y; (iii) quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia.

3.3.1. No se probó en el trámite de tutela que el traslado de Alejandra Ardila Polo implique la afectación de su estado de salud o el de su menor hijo. Como ya se indicó en precedencia, no se estableció que el menor padezca el alegado déficit de atención, pues los documentos allegados por la accionante en los que se realiza dicho diagnóstico, no tienen el alcance probatorio requerido para acreditar ese estado, en la medida que no fueron suscritos por un profesional idóneo y autorizado por la ley para el efecto. Así, en principio, no se advierte la necesidad de brindar determinado tratamiento médico al menor en la localidad de destino, pues no se ha demostrado en debida forma que el mismo haya sido siquiera prescrito.

3.3.2. Aduce la demandante que la decisión de la administración es intempestiva y arbitraria, y acarrea necesariamente la ruptura del núcleo familiar ya que al no tener la posibilidad de proveer a su menor hijo la atención profesional (que asevera este necesita) en el lugar al que fue trasladada, tendría que abandonar el menor al cuidado de terceras personas en un municipio en el que sí se le garantice el aludido tratamiento[36].

Encuentra la Corte que el obstáculo invocado por la accionante para oponerse al traslado al municipio de San Vicente del Caguán es superable y fue oportunamente abordado por la Dirección Ejecutiva. Para la Sala es claro que previo a la expedición del acto administrativo acusado, la Dirección Ejecutiva no tenía conocimiento de los alegados problemas de aprendizaje del menor pues la accionante no había sometido a su hijo a evaluación del servicio de Sanidad Militar, ni remitido a dicha Dirección los documentos en los que se le prescribe un determinado tratamiento por profesionales particulares. La demandada sólo vino a conocer de estos presuntos padecimientos con ocasión de la petición de reconsideración que contra el acto administrativo en comento elevó la accionante, razón por la cual mal podría exigírsele a la accionada que al momento de adoptar la decisión de traslado hubiera acomodado su orden de forma tal que se le brindara una adecuada protección al menor.

Conocidas las objeciones de la accionante, la Dirección Ejecutiva, en su respuesta a la solicitud de reconsideración, señaló lo siguiente: "Frente a la situación médica especial de su hijo, esta Dirección entiende su preocupación y consultará su caso con la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, con el fin de determinar en qué ciudades del país es posible acceder a la prestación del servicio que su hijo necesita". (fl. 190 Cdno.1)

Posteriormente, mediante oficio de fecha 03 de julio de 2009 la Dirección Ejecutiva solicitó a la Dirección de Sanidad del Ejército que certificara el nivel de atención que se ofrece en el

Dispensario Médico de San Vicente del Caguán, informándole sobre la capacidad de dicho Dispensario para atender los problemas de aprendizaje que afirma la accionante padece su hijo. En su respuesta, Sanidad Militar manifestó que "[e]n cuanto al nivel de atención que ofrece el Dispensario (...), hay que tener en cuenta que se trata de un establecimiento de primer nivel y no cuenta con los especialistas que manejen el diagnóstico que presuntamente padece el menor antes citado, no obstante, la unidad más cercana ó ciudad que puede prestar los servicios de apoyo de atención en salud, conforme al diagnóstico que se relaciona en el escrito y si lo confirma nuestro especialista, es la ciudad de Florencia, ya que el Establecimiento de Sanidad Militar cuenta con terapeuta del lenguaje, sin embargo es preciso obtener el concepto emitido por el neuropsicólogo adscrito a nuestra red de salud para determinar el lugar adecuado para recibir el correspondiente tratamiento (...)". (fl. 95 Cdno.1)

El 5 de agosto de 2009, la Dirección Ejecutiva informó al juez de segunda instancia que a través de escrito de 4 de agosto del mismo año, el subdirector científico de la Dirección de Sanidad Militar designó para la atención del menor a la psicóloga Diana Alejandra Casas, adscrita al Batallón Cazadores con sede en San Vicente del Caguán.

Con el objeto de verificar el cumplimiento de los compromisos asumidos por la Dirección Ejecutiva, la Corte por auto de data 1° de diciembre de 2009 ordenó a la Dirección de Sanidad Militar que informara sobre el tratamiento que estaba siendo administrado al menor y sobre la ubicación geográfica de los especialistas en fonoaudiología y terapia ocupacional adscritos a su red y que se hallaren desplegados en zonas cercanas a San Vicente de Caguán. En su respuesta la referida Dirección expresó que el menor aún no estaba siendo atendido por un especialista adscrito a su sistema de salud. Añadió que una vez fuere valorado por un médico adscrito a Sanidad Militar, sería remitido a un equipo interdisciplinario conformado por especialistas en neurología, neuropediatría, fonoaudiología, terapia ocupacional y psicología, el cual determinaría el tratamiento a seguir. Acerca de la ubicación de los profesionales en fonoaudiología y terapia ocupacional, manifestó que estos prestaban su servicio al Ejército Nacional en el municipio de Florencia, sitio ubicado a tres horas del municipio de San Vicente del Caguán.

Del recuento realizado la sala concluye que las razones que antepone la demandante a su traslado, relativas a los presuntos problemas de aprendizaje de su hijo, no son válidas en la medida que no está acreditado que el niño presente los problemas de aprendizaje que ella arguye. No obstante, la Sala infiere que el menor podría estar sufriendo algunas dificultades en su proceso de aprendizaje que requerirían la realización de un adecuado diagnóstico y el suministro del tratamiento pertinente. Esta eventualidad sin embargo es superable y no representa un obstáculo al traslado de la accionante, siempre y cuando la demandada garantice el adecuado derecho al diagnóstico[37] y posible tratamiento que llegare a requerir el menor[38], por esta razón, comoquiera que la finalidad de la acción de tutela no se restringe a una protección constitucional una vez verificada una vulneración iusfundamental, sino que incluso busca contrarrestar una amenaza actual a dichos bienes constitucionales, la Sala tutelaré el derecho a la salud del menor, pero únicamente en su faceta de derecho al diagnóstico y acceso a los servicios médicos que se requieran con necesidad, y con el preciso objeto de asegurar el cumplimiento del compromiso asumido por la Dirección Ejecutiva, como enseguida se indica.

Cabe anotar que en caso de acreditarse los problemas de atención que asevera la accionante padece su hijo, la Dirección Ejecutiva ha asumido el compromiso de garantizar la atención requerida por el menor, y en ese sentido, la eventual imposibilidad de brindar el cuidado que acaso llegare a necesitar el niño, se ve superada por la obligación admitida por la accionada[39].

Así, toda vez que la admisibilidad constitucional de la orden de traslado de la accionante, en criterio de la Sala, está íntimamente ligada con la ejecución de ese compromiso, la Sala impartirá las órdenes necesarias para asegurar el cumplimiento del mismo.

Alcance de la protección: el amparo que se otorga tiene por objeto garantizar al menor el ejercicio de su derecho fundamental a la salud en su faceta de derecho al diagnóstico y acceso a los servicios médicos que se requieran con necesidad, y la posibilidad de que su madre pueda acompañar su proceso de rehabilitación, si es que el profesional de la salud llegara a determinar que efectivamente el niño padece una patología que requiere un determinado tratamiento[40].

Ahora bien, en condiciones regulares, esto es, si el niño residiera junto con su madre en un municipio en el que existan profesionales sanitarios de diversas especialidades (adscritos o no a Sanidad Militar) que puedan prestar los servicios médicos que el menor requiera, el subsistema de salud de las fuerzas militares tendría que brindar al niño aquellas prestaciones médico-asistenciales que se encuentren dentro del plan de beneficios, corriendo a cargo de los padres del menor todo aquello que exceda dicho plan, como en efecto ya venía ocurriendo pues la accionante le estaba ofreciendo a su menor hijo atención profesional de tipo particular en Santa Martha.

No obstante, en esta oportunidad conviene abordar las dos siguientes hipótesis. De una parte, la accionante decide llevar consigo a su menor hijo a San Vicente del Caguán. En este municipio no existen profesionales idóneos para brindar el eventual tratamiento que el neuropsicólogo llegara a prescribir al niño, razón por la que la actora no podría contratar la asistencia particular que su hijo llegara a necesitar, con lo que se vulneraría el derecho de este a acceder a los servicios médicos que se requieran con necesidad. En este caso, el empleador de la peticionaria ha hecho énfasis en la necesidad de trasladar a la demandante al mencionado municipio, al punto de mostrarse dispuesto a realizar los ajustes necesarios para que el traslado se pueda concretar, en particular removiendo los obstáculos relacionados con la asistencia médica del menor, asumiendo la carga de garantizar la atención sanitaria del niño en la localidad al que la demandante ha sido destacada.

En el otro supuesto, el niño podría estar residiendo en una ciudad en la cual tenga acceso, tanto a los beneficios que otorga Sanidad Militar como aquellos que se encuentran fuera del plan de beneficios del subsistema de salud de las fuerzas militares, pero alejado de su madre. En esta hipótesis, como los padres han decidido que el menor no se traslade junto con la madre al municipio al que esta ha sido destacada, la atención del niño tendría que garantizarse únicamente en lo cubierto por su sistema de salud, pues no se justifica que el empleador otorgue prestaciones no contempladas en el sistema cuando la falta de suministro de las mismas no ha impedido el traslado, ya que estas le correspondería asumirlas a los padres del niño, máxime cuando tendrían la posibilidad de contratar la prestación del servicio que se requiera con médicos particulares en el municipio de residencia del menor, salvo el caso de que demuestren la falta de recursos para costear el mismo.

En ese orden de ideas, como el menor tiene derecho a que se le realice un adecuado diagnóstico y presten los servicios médicos del caso, en compañía de su madre si esta así lo decide, la Corte, con miras a efectivizar el derecho amparado y cubrir las hipótesis que pudieran obstaculizar su salvaguarda, ordenará que la accionada garantice el derecho al diagnóstico del menor, realizando la valoración del niño por un profesional en neuropsicología[41] y otorgando la atención profesional que el menor llegara requerir, con los especialistas y equipo interdisciplinario que ordene el profesional de la salud. La valoración diagnóstica y el eventual tratamiento, tendrán

que prestarse en la localidad en que se encuentre residiendo el menor (San Vicente del Caguán o cualquier otro municipio), en lo cubierto por el subsistema de salud de las fuerzas militares e independientemente de que el niño resida o no con su madre.

Ahora bien, si dentro del tratamiento que el profesional en neuropsicología llegara a prescribir se encontraran prestaciones no cubiertas por el plan de beneficios del subsistema de salud de las fuerzas militares, y en la localidad a que ha sido trasladada la actora no se tenga acceso a profesionales particulares que presten el servicio requerido por el niño, la demandada deberá garantizar la atención del menor, además, en lo no cubierto por el plan de beneficios, asumiendo su costo[42], y trasladando, incluso, hasta dicho municipio a los profesionales del caso, siempre y cuando el niño resida con la peticionaria[43], lo anterior a efectos de asegurar al menor el acceso a los tratamientos médicos. De la misma manera deberá actuar si decide trasladar a la accionante a otra localidad en la que igualmente no le sea posible, a la demandante, acceder a los profesionales que su hijo requiera.

No obstante lo anterior, tomando en cuenta las dificultades de tipo logístico que debe afrontar la accionada para ejecutar lo dispuesto en esta providencia, y en virtud de la facultad que le asiste a la Dirección Ejecutiva para modificar las condiciones laborales del personal al servicio de la Justicia Penal Militar en ejercicio del ius variandi, la parte accionada, para dar cumplimiento a los órdenes impartidos en esta sentencia, podrá disponer el traslado de la accionante a un municipio en el cual se le pueda brindar la atención requerida al menor, si así lo estima conveniente. En ese evento, el traslado deberá hacerse a un cargo de igual o superior jerarquía y remuneración, y no podrá implicar una desmejora en las condiciones laborales de la actora.

Del mismo modo, en cuanto a las objeciones planteadas por la demandante relativas a su desconfianza por la falta de neutralidad de los profesionales sanitarios a las órdenes de Sanidad Militar, la Sala no encuentra probado en el expediente la invocada parcialidad. Sin embargo, le informará a la accionante sobre el derecho que le asiste de presentar los dictámenes médicos particulares del caso, los que no podrán ser desatendidos por los galenos de Sanidad Militar, estando obligados estos, por el contrario, a valorarlos y en caso de apartarse de ellos, hacerlo con base en consideraciones de carácter técnico-científico, relativas al contexto del caso concreto[44].

3.3.3. No está demostrado que la reubicación laboral de la demandante ponga en serio peligro su vida o integridad personal ni la de su menor hijo. La Sala advierte que aunque San Vicente del Caguán es una zona con complicaciones de orden público, la anterior premisa no conduce necesariamente a la conclusión que pretende la accionante, esto es, que el traslado coloca en peligro su vida y la de su hijo[45].

La accionada, en intervención ante el juez de segunda instancia, agregó al expediente el informe que rindiera a la Dirección Ejecutiva el Comandante del Batallón de Infantería N° 36 con sede en San Vicente del Caguán, -junto con unas fotografías del lugar de destino de la actora- en el cual se sostiene que "[l]as instalaciones del batallón están adecuadas para un excelente ambiente laboral, cada dependencia cuenta con su espacio propio para ejercer su función. Dentro de las condiciones de bienestar para el personal orgánico de la unidad se cuenta con un turno de 15 días de permiso cada 4 meses, el personal sale en la fecha ordenada es el primer día del mes a su turno de vacaciones (sic); el cantón cuenta con su dispositivo de seguridad y están nombrados los servicios de régimen interno encargados de verificar permanente la seguridad, el aeropuerto que está ubicado aledaño a la unidad cuenta con seguridad permanente y al cual arriba la aerolínea Satena dos veces a la semana".[46](fl. 31 Cdno.2)

Al respecto, la Sala estima, de una parte, que si bien la base militar a la que ha sido destacada la actora está ubicada en una zona con complicaciones de orden público, dicha situación no es suficiente para invalidar en sede constitucional su traslado, máxime cuando la condición de militar de la accionante implica la posibilidad de prestar el servicio en zonas de esa índole, situación asumida por la accionante al optar por la formación castrense, con pleno conocimiento de las consecuencias que esa decisión conlleva en la vida de un trabajador al servicio de la fuerza pública.

Por otro lado, para la Corte tiene especial relevancia la afirmación de la administración respecto de la seguridad que brinda a sus servidores en el lugar al que ha sido destinada la peticionaria, y que permiten contrarrestar las adversas condiciones de orden público que concurren en esa zona, por cuanto fue emitida por el funcionario responsable de dicho fuerte militar, y por ende de la seguridad del mismo, con las consecuencias que una afirmación de esa importancia conlleva al asumir una posición de garante. Así, el Comandante del Batallón de Infantería N° 36 con sede en San Vicente del Caguán, ha asegurado que la base militar en la que prestaría sus servicios la demandante cuenta con un sólido y permanente dispositivo de seguridad que otorga a sus trabajadores las condiciones necesarias para el normal desempeño de sus labores en ese sitio. La peticionaria, por su lado, no aportó mayores elementos de juicio que permitan desvirtuar esa afirmación.

En suma, no ha sido demostrado en el trámite de tutela que el traslado de la accionante al cargo de Juez 19 de Instrucción Penal Militar con sede en San Vicente del Caguán, pone en serio peligro la vida e integridad personal de la señora Alejandra Ardila Polo y su menor hijo.

4. Por ultimo, esta Corporación ha sido enfática en sostener que los actos administrativos deben contener una motivación suficiente que dé cuenta de las razones materiales y jurídicas que impulsan a la administración a proferir los mismos. Esta regla tiene por objeto asegurar a la persona afectada con la medida, la posibilidad de interponer los recursos de vía gubernativa del caso, y asegurar el acceso efectivo a la administración de justicia. La Corte ha considerado que la falta de motivación de dichos actos, vulnera el debido proceso y por ende, al comprobar la referida afectación, ha tutelado el anotado derecho y ordenado al demandado motivar el acto administrativo en cuestión.

En ese sentido, en este caso en particular, aunque la demandada no justificó de forma fáctica el acto administrativo acusado -como bien lo entendió el Juez de primera instancia-, dicha situación se corrigió por la administración al dar respuesta a la petición de reconsideración y al derecho de petición que elevó la accionante con la precisa finalidad de conocer las razones que la Dirección Ejecutiva tuvo al momento de disponer su traslado, ello con el objeto de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo como lo puso de presente la actora.

De este modo, en criterio de la Sala, si bien en principio se verificó una afectación al debido proceso, una orden a la administración, encaminada a motivar el acto administrativo aquí impugnado, resultaría inocua en la medida que la accionante ya cuenta con los elementos de juicio suficientes para contradecir la decisión de la administración ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por tal razón, la Corte se abstendrá de proferir apremio alguno en ese sentido.

5. La Sala aclara que no obstante las conclusiones a las que se ha arribado en esta sentencia, la accionante puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para impugnar el acto

administrativo que ordenó su traslado, en la medida en que el canon de control constitucional aplicable al acto acusado en sede de tutela es restringido, como ya se señaló al reiterar las condiciones excepcionales de procedencia de la acción de tutela en este particular escenario constitucional.

6. Conclusión: la Corte encuentra que en este caso no es procedente la vía de la tutela para enervar la acción de la administración. En consecuencia, se confirmará parcialmente la sentencia de segunda instancia, pero por las razones expuestas en esta providencia, y en su lugar se otorgará el amparo al derecho a la salud del niño Rodrigo Esteban Martínez Ardila, con las advertencias sobre el derecho al diagnóstico y tratamiento que le asiste al menor hijo de la accionante. Igualmente, no se desconoció la jurisprudencia constitucional contenida en la sentencia T-1010 de 2007 en la medida que en aquella oportunidad, contrario a lo acaecido en el sub lite, se trataba de una servidora no uniformada, se acreditó la enfermedad padecida por el miembro del núcleo familiar de la allí accionante, y se puso en conocimiento de la administración ese hecho con anterioridad a la expedición del acto administrativo que dispuso el traslado de la demandante.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Levantar la suspensión del término del trámite de revisión, decretada mediante auto del primero (1º) de diciembre de dos mil nueve (2009).

Segundo. Confirmar parcialmente la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009), en segunda instancia, en cuanto revocó la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Quinta (5ta.) de Decisión Civil-Familia, el tres (3) de julio de dos mil nueve (2009), que otorgó el amparo invocado a los derechos al trabajo y a la unidad familiar de la accionante; y en su lugar, tutelar el derecho a la salud del niño Rodrigo Esteban Martínez Ardila.

Tercero. Ordenar al Ministerio de Defensa Nacional y a la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, por intermedio de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, practique la valoración del menor Rodrigo Esteban Martínez Ardila, por parte de un profesional en neuropsicología, y otorgue la atención profesional que llegara a prescribir, con los especialistas y equipo interdisciplinario que ordene el profesional de la salud. La valoración diagnóstica y el eventual tratamiento, tendrán que prestarse en la localidad en que se encuentre residiendo el menor (San Vicente del Caguán o cualquier otro municipio), en lo cubierto por el subsistema de salud de las fuerzas militares e independientemente de que el niño resida o no con su madre.

Si dentro del tratamiento que el profesional en neuropsicología llegara a prescribir se encontraran prestaciones no cubiertas por el plan de beneficios del subsistema de salud de las fuerzas militares, y en la localidad a que ha sido trasladada la actora no se tenga acceso a profesionales particulares que presten el servicio requerido por el niño, la demandada deberá garantizar la atención del menor en lo no cubierto por el plan de beneficios, asumiendo su costo, y trasladando hasta dicho municipio a los profesionales del caso, siempre y cuando el niño resida con la actora.

De la misma manera deberá actuar si decide trasladar a la accionante a otra localidad en la que igualmente no le sea posible, a la demandante, acceder a los profesionales que su hijo requiriere. Lo anterior de conformidad con lo señalado en el considerando 3.3.2. de la parte motiva de esta sentencia (acápite "Del caso concreto").

Cuarto.- Informar a la señora Alejandra Ardila Polo que le asiste el derecho de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para impugnar el acto administrativo que dispuso su traslado como Juez Sesenta y Siete (67) de Instrucción Penal Militar con sede en San Vicente del Caguán, y presentar ante la Dirección de Sanidad Militar del Ejército Nacional los dictámenes médicos particulares del caso, los cuales deberán ser atendidos por dicha Dirección con base en criterios médico-científicos.

Quinto.- Dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

[1] En adelante también la accionante, la peticionaria o la demandante.

[2] En adelante también, la accionada, la demandada, la Dirección Ejecutiva o el Ministerio demandado.

[3] En este aparte se sigue la exposición de la accionante. La Sala igualmente complementará la narración con los hechos relevantes que se desprenden de los documentos aportados por la peticionaria.

[4] El ministerio accionado, mediante escrito notificado el 20 de junio de 2009, dio respuesta a la solicitud de reconsideración de la actora, confirmando la decisión inicialmente proferida. Sustentó su posición, argumentando que el acto administrativo que ordenó el traslado se fundó en las siguientes razones del servicio: (i) se requieren los servicios de la accionante en el Juzgado 67 de Instrucción Penal Militar con sede en San Vicente del Caguán, con el objeto de descongestionar dicho Despacho en orden a la entrada en vigencia del sistema acusatorio para la Justicia Penal Militar y; (ii) es necesario mantener la equidad con el personal que lleva algún tiempo en zonas con dificultades de orden público. Añade, que frente a la situación de su menor hijo, la administración procederá a determinar en qué ciudades del país es posible acceder a la prestación del servicio que el menor requiere (fls. 189 y 190 Cdno. 1).

[5] En la demanda de tutela se cita abundante jurisprudencia constitucional relativa a los alcances

y límites del ius variandi, en especial a la facultad del empleador de disponer el traslado de sus trabajadores. Entre otras, se aludió a las sentencias T-1010 de 2007, T-839 de 1999 y T-965 de 2000.

[6] La interviniente realiza un paralelo entre la trayectoria de la accionante y la Subteniente Rossana Leonor Florez Rivera.

[7] En este aparte sólo se hará referencia a las pruebas decretadas por la Corte, relevantes para la decisión.

[8] Al respecto, ver sentencias T-468 de 2002, T-264 de 2005, T-420 de 2005, T-770 de 2005, T-270 de 2006 y T-1010 de 2007, entre otras.

[9] Corte Constitucional, sentencia T-109 de 2007.

[10] Corte Constitucional, sentencia T-264 de 2005.

[11] Corte Constitucional, sentencia T-468 de 2002.

[12] Corte Constitucional, sentencia T-770 de 2005.

[13] Ver, por ejemplo, las sentencias T-355 de 2000, T-346 de 2001 y T-483 de 1993.

[14] Es el caso por ejemplo de la Fiscalía General de la Nación (sent. T-965/00, T-1498/00), la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (sent. T-483/93, T-346/01), la Registraduría Nacional del Estado Civil (sent. T-288/98), la Aeronáutica Civil (sent. T-715/96), los cuerpos de la Fuerza Pública (sent. T-615/92, T-355/00, T-1010/07) y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC (sent. T-016/95).

[15] En la sentencia C-421 de 2002 la Corte Constitucional identificó las diferencias institucionales, jurídicas, de estructura y organización que existen en las fuerzas militares y la Policía Nacional.

[16] El texto completo del artículo 221 superior es el siguiente: "Art. 221.- Adicionado por el Acto Legislativo 02 de 1995. De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro".

[17] Sobre la excepcionalidad que constituye la Justicia Penal Militar, en sentencia C-676 de 2001 esta Corporación indicó: "La Justicia Penal Militar constituye una excepción a la regla general que otorga la competencia del juzgamiento de los delitos a la jurisdicción ordinaria. Este tratamiento particular, que se despliega tanto a nivel sustancial como procedimental, encuentra justificación en el hecho de que las conductas ilícitas sometidas a su consideración están estrechamente vinculadas con el manejo de la fuerza; y a que los sujetos activos que incurren en ellas están subordinados a reglas de comportamiento extrañas a las de la vida civil, todo lo cual marca una abierta incompatibilidad con el sistema punitivo a cargo de la jurisdicción ordinaria". En el mismo sentido ver también sentencias C-037 de 1993, C-361 de 2001, C-878 de 2000, entre otras.

[18] Al respecto, pueden consultarse las sentencias C-676 de 2001, C-740 de 2001, C-1262 de 2001, C-709 de 2002, C-182 de 2003, C-243 de 2003, C-879 de 2003, C-737 de 2006, C- 928 de

2007, entre otras.

[19] Para una completa caracterización de los parámetros normativos que delimitan el ámbito de configuración legislativa en materia de estructura y funcionamiento de la Jurisdicción Penal Militar, se puede consultar la sentencia C-928 de 2007, en la que con ocasión de una acción pública de inconstitucionalidad presentada contra varios artículos de la Ley 522 de 1999 -Código Penal Militar-, la Sala Plana de la Corte Constitucional recapituló las distintas líneas jurisprudenciales que ha sentado la Corte sobre dicha materia y que permiten observar las características de la Justicia Penal Militar

[20] Corte Constitucional, sentencia C-879/03.- C-457/02.-C-361/01.

[21] Corte Constitucional, sentencia C-141/95, C-047/96.

[22] Corte Constitucional, sentencia C-171/04.

[23] Por su parte, el Decreto 091 de 2007, regula el sistema especial de carrera del sector defensa de, entre otros, los empleados públicos civiles y no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las fuerzas militares y la Policía Nacional, así como a los miembros de la Fuerza Pública que desempeñen sus funciones o ejerzan los empleos de que trata ese Decreto, entre los que se haya aquellos contempladas en la Ley 940 de 2005, es decir, servidores que ejercen funciones jurisdiccionales en la Justicia Penal Militar. Igualmente, es menester precisar que el Decreto 091 de 2007 a que se ha hecho alusión, prescribe que los cargos de que trata la Ley 940 señalada, son de libre nombramiento y remoción, no obstante, esta Corporación en sentencia C-368 de 1999, declaró inexecutable las expresiones "Juez de Instrucción Penal Militar, Auditor de Guerra, Secretario de Tribunal Superior Militar", contenidas en el párrafo primero del aparte titulado "En la administración Central del Nivel Nacional", del literal a), del numeral 2, del artículo 5 de la Ley 443 de 1998", por considerar que los referidos cargos no son de libre nombramiento y remoción sino de carrera. Así, si bien podríamos estar en presencia de un desconocimiento de la cosa juzgada material frente a la calificación realizada de los Jueces de Instrucción Penal Militar como cargos de libre nombramiento y remoción por el Decreto 091 de 2007, en esta oportunidad la Sala no abordará la cuestión relativa a la excepción de inconstitucionalidad en cuanto a dicha norma, por no ser indispensable para resolver de fondo el presente asunto de tutela.

[24] Este artículo presenta igualmente una clasificación de los oficiales y suboficiales de la Armada y la Fuerza Aérea. No obstante, para efectos del presente caso únicamente se hará referencia a los aspectos relacionados con el Ejército Nacional.

[25] En el documento se señala: "Presenta dificultades atencionales (sic) que afectan directamente su proceso, ya que le cuesta activar la atención y sostenerla para la realización de las diferentes tareas. Se le dificulta la realización de tareas que deben ser terminadas en un tiempo limitado, por esto se fatiga cuando estas tareas exigen esfuerzo mental de su parte, para retener y producir respuesta. // Se observa posición inadecuada y movimientos constantes en el momento de realizar alguna actividad". (fl. 43 Cdno.1)

[26] Adicionalmente se expresa: "En cuanto al proceso de lecto-escritura presenta algunas dificultades para el manejo espacial y organización de elementos por lo que le cuesta la representación mental de figuras y letras". (fl. 4.3. Cdno. 1)

[27] Se añade: "[Se] observa afectado el equilibrio y la coordinación y organización espacial". (fl.

[28] El Departamento de psicología de la Universidad Nacional de Colombia –sede Bogotá-, por medio de la psicóloga Carolina Beltrán Escobar, coordinadora del programa de apoyo al aprendizaje escolar, dio respuesta al requerimiento hecho por la Corte. En el documento enviado se realiza una exposición general sobre los puntos consultados por la Corporación, sin embargo, no se advierten consideraciones en torno a la particular situación del menor sobre el cual se solicitó el experticio, por esta razón, la Sala no destacará de manera expresa los apartes relevantes del mismo.

[29] La Sala únicamente hará referencia a los puntos sobre los cuales se solicitó concepto profesional.

[30] En varias oportunidades la accionante alegó que la contestación a la demanda de tutela, y las distintas manifestaciones que la Dirección Ejecutiva realizó en el proceso, no lo fueron conforme a derecho, pues la interviniente de la anotada Dirección no allegó al expediente poder debidamente conferido por la demandada para comparecer al proceso. Al respecto, la Sala considera que no le asiste razón a la peticionaria, pues de forma reiterada esta Corporación ha sostenido que "la demanda puede ser contestada por el Representante Legal, o por cualquier funcionario de la autoridad accionada que tenga relación con el asunto tratado por la Corte, siempre que se garantice a la parte demandada el derecho a ser oída, así como el derecho de defensa y contradicción.". Sentencia T-456 de 2009.

[31] El escrito de respuesta tiene como fecha el 16 de junio de 2009. (fl.s 189 y 190 Cdno.1)

[32] Al respecto, la Directiva Permanente 01 del 04 de enero de 2002 suscrita por el señor Ministro de Defensa Nacional, en la cual se fijan unos procedimientos administrativos, de manejo de personal y régimen interno para funcionarios y empleados de la Justicia Penal Militar, señala en su numeral 3º literal C lo siguiente: "Traslados: Los traslados de los funcionarios y empleados de la Justicia Penal Militar, se adelantarán de acuerdo a las necesidades del servicio y serán en cualquier lugar del territorio nacional. // En lo posible y de acuerdo a las necesidades institucionales y las políticas de bienestar de personal, se tratará de mantener la estabilidad del personal. Sin embargo, los funcionarios y secretarios deben estar disponibles para ser trasladados a cualquier lugar del país, para mantener la equidad con el personal que lleva algún tiempo en zonas complicadas por el orden público". (fl. 247 Cdno. 1)

[33] La accionante fue designada como Juez 19 de Instrucción Penal Militar con sede en Santa Marta mediante resolución 133 del 22 de mayo de 2007.

[34] En su intervención la Dirección Ejecutiva sostuvo: "...la señora doctora Nancy Rodríguez Rueda, quien fungía como Juez 67 de Instrucción Penal Militar, funcionaria a quien va remplazar la señora Subteniente Alejandra Ardila Polo, (...) estuvo veintisiete (27) meses allí en San Vicente del Caguán, cumpliendo con sus funciones". (fl. 228 Cdno.1)

[35] Al contestación a la acción de tutela, la accionanda manifestó: "Para el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar con sede en Santa Marta, va trasladada la subteniente Florez Rivera Rossanna Leonor, Juez 62 de Instrucción Penal Militar con sede en San José del Guaviare, cargo que ocupó desde el 19 de septiembre de 2007" (fl. 226 Cdno.1). En armonía con lo anterior, al cargo ocupado por la señora Florez Rivera en San José del Guaviare, va trasladada una funcionaria que llevaba un prolongado tiempo en una ciudad capital, así lo expresó la Dirección Ejecutiva en la aludida contestación: "Al Juzgado 62 de Instrucción Penal Militar con sede en San

José del Guaviare, va trasladada la capitán Diana María Pineda Lombana quien se desempeña como Juez 87 de Instrucción Penal Militar con sede en Medellín desde el 25 de noviembre de 2004". (fl. 226 Cdo.1)

[36] Adicionalmente señala que (i) el alejamiento no sería transitorio; (ii) no podría trasladarse con relativa periodicidad al sitio en el que lo dejaría; (iii) no estaría en posibilidad de acompañar a su hijo a las terapias que afirma le han sido prescritas y; (iv) la administración no ha tomado en cuenta su especial situación y por tanto no le ha prodigado un trato excepcional acorde con su condición.

[37] Sobre el derecho al diagnóstico esta Corporación en sentencia T-280 de 2008 manifestó: "La Corte Constitucional ha manifestado en reiteradas ocasiones que al negarse la realización de un examen diagnóstico que ayudaría a detectar la enfermedad del paciente con mayor precisión para así determinar el tratamiento necesario, se está poniendo en peligro el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas. // En ese sentido, esta Corporación en la sentencia T-366 de 1999 señaló que "el derecho a la seguridad social, ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema y de sus beneficiarios, no solamente incluye el de reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente el **derecho al diagnóstico**, es decir, la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen"-".

[38] Sobre la necesidad de realizar un adecuado diagnóstico y tratamiento, el experto de la Universidad Javeriana señaló: "Si se tratara de un déficit de atención, evidentemente sería fundamental continuar con un tratamiento por psicología, y neuropsicología, así como posiblemente por neuropsiquiatría, terapia ocupacional y fonoaudiología, entre otros posibles como por ejemplo neuropsicopedagogía. Sin embargo, este tratamiento debe desarrollarse con un diagnóstico claro que especifique los subcomponentes de las diferentes funciones cognitivas que se encuentran comprometidos, recomendaciones terapéuticas acordes a lo encontrado en la evaluación, medidas y criterios para alcanzar los objetivos terapéuticos".

[39] Al respecto la Corte considera que: (i) la dirección ejecutiva al dar respuesta a la solicitud de reconsideración elevada por la demandante, se comprometió a "determinar en qué ciudades del país es posible acceder a la prestación del servicio que [el hijo de la accionante] necesita" (fl. 190 Cdo.1); (ii) en escrito de fecha 3 de julio de 2009 la Dirección Ejecutiva indagó ante Sanidad Militar sobre la pertinencia del diagnóstico dado al menor por los profesionales particulares, y sobre la capacidad del Dispensario de San Vicente del Caguán para brindar los cuidados requeridos por el menor. Una vez Sanidad Militar le respondió que con el cuerpo médico de San Vicente del Caguán no era posible tratar al niño, la Dirección Ejecutiva tramitó ante Sanidad la asignación de una profesional en psicología adscrita al batallón destacado en San Vicente del Caguán para ofrecer el respectivo tratamiento al hijo de la accionante en ese lugar; (iii) al ser interrogada Sanidad Militar por la Corte sobre las prestaciones otorgadas al menor, dicha dependencia manifestó que el niño aún no había sido atendido. Sin embargo, afirmó que debía ser valorado por un profesional de Sanidad Militar, el cual lo podría remitir a un equipo interdisciplinario conformado por especialistas en neurología, neuropsiquiatría, fonoaudiología, terapia ocupacional y psicología. Del recuento realizado la Corte concluye que la Dirección Ejecutiva desplegó una conducta encaminada a garantizar la atención del menor en el municipio

al que fue trasladada su madre y, que el profesional idóneo para realizar el diagnóstico del niño es el especialista en neuropsicología, el cual de ser el caso tendría que conformar un equipo interdisciplinario para atender al menor. Así, para la Sala es claro que la demandada asumió un compromiso que busca ofrecer las condiciones necesarias para que el traslado de la accionante a San Vicente del Caguán sea constitucionalmente admisible, esto es, que en caso de confirmarse el diagnóstico del niño, lo prestaría en el lugar al cual trasladó a la demandante.

[40] De conformidad con el artículo 24 literal b del Decreto 1795 de 2000, el subsistema de salud de las fuerzas militares es el obligado a prestar el servicio de salud del menor.

[41] No pasa inadvertido a la Sala que el profesional idóneo para realizar el diagnóstico al menor es el neuropsicólogo, así lo puso de presente Sanidad Militar y el concepto del experto de la Pontificia Universidad Javeriana, por esta razón, la Sala dispondrá que el menor sea valorado por dicho profesional y que se le garantice el tratamiento que llegare a prescribir con el grupo interdisciplinario que aquel disponga. Del mismo modo, de conformidad con el artículo 24 literal b del Decreto 1795 de 2000, el subsistema de salud de las fuerzas militares es el obligado a prestar el servicio de salud al menor hijo de la accionante.

[42] En sentencia T-540 de 2002, se indicó que aquellos gastos que se llegaren a causar con ocasión del cumplimiento de una acción de tutela y que no estuvieren incluidos en el plan de beneficios del subsistema de salud de las fuerzas militares, deberían ser asumidos por la entidad como quiera que se trata de un régimen especial. En la providencia en comento se expresó: "Como bien puede apreciarse, la norma en cita, en cuanto regula el funcionamiento y financiación de los fondos-cuenta de los Subsistemas de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se equipara al artículo 218 de la Ley 100 de 1993, en el que se crea y se establece la operación del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), por lo cual, estima la Sala, la Dirección General de Sanidad Militar, sin necesidad de expresa declaración por parte del juez en el fallo de tutela, podrá obtener los recursos del fondo-cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, como quiera que se trata de un régimen especial que se rige por sus propias normas".

[43] La demandada deberá trasladar a su cargo, hasta el municipio de que se trate, los profesionales del caso, pues sería desproporcionado frente al menor su desplazamiento semanal hasta Florencia, carga que por el contrario la Dirección Ejecutiva está en capacidad de coordinar con el Ejército Nacional y las demás dependencias adscritas al Ministerio de Defensa Nacional, como por ejemplo Sanidad Militar, lo cual guarda relación con el compromiso ya asumido por la Dirección Ejecutiva.

[44] Al respecto, en sentencia T-760 de 2008 esta Corporación puntualizó: "No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS. La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando

éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio. También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como 'médico tratante', incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados. // Una interpretación formalista de la jurisprudencia constitucional en materia de acceso a los servicios de salud, por ejemplo, con relación a la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito a la entidad, puede convertirse en una barrera al acceso. Por eso, cuando ello ha ocurrido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como 'médico tratante', así no éste adscrito a su red de servicios. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte cuando la EPS no se opuso y guardó silencio cuando tuvo conocimiento del concepto de un médico externo."

[45] En cuanto a las condiciones de seguridad del fuerte militar, la accionante sostiene que "el traslado pone en peligro [su] vida y la de [su] hijo, no solo por ser un hecho notorio que San Vicente del Caguán es una zona de alto riesgo, pero si ello no fuere suficiente, es la misma demanda[da] la que en su respuesta afirma que en esa zona hay cultivos de coca, es un corredor de movilidad delincriminal, hay presencia de milicias, de bandas criminales, secuestros, extorsiones y desplazamiento forzado". (fl. 175 Cdo. 1).

[46] Igualmente, con el objeto de controvertir los dichos del Ministerio accionado, la demandante expresó que "[e]s la misma Dirección Ejecutiva en su calidad de impugnante quien advierte que en la zona donde se encuentra ubicado San Vicente del Caguán hay cultivos de coca, es un corredor de movilidad delincriminal, hay presencia de milicias, de bandas criminales, secuestros, extorsiones y desplazamiento forzado. Lo que prueba el peligro a la integridad personal y a la vida de mi hijo. // Si eso no fuese suficiente, es de público conocimiento que San Vicente del Caguán fue el epicentro de la zona de distensión y lugar de hegemonía de los grupos al margen de la ley siendo la población civil y más aún la fuerza pública, objetivo militar de los grupos insurgentes. // No se desconoce que la función del militar es la de estar preparado para estos efectos, sin embargo, constituye un equívoco considerar que tal adiestramiento o entrenamiento se ha dado a funcionarios administrativos que cumplimos una función distinta, esto es, la administración de justicia". (fl. 48 Cdo. 2)



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de agosto de 2019

