

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP1079-2023

Tutela de 2ª instancia No. 128035

Acta No. 005

Bogotá D. C., diecisiete (17) de enero de dos mil veintitrés (2023)

VISTOS

Se resuelve la impugnación interpuesta por LESLIE DANIELA IBÁÑEZ ZAMBRANO contra el fallo de tutela proferido el 21 de noviembre de 2022 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, que declaró improcedente la acción de tutela promovida contra el Juzgado 1º Penal del Circuito de Tunja, por la presunta vulneración de derechos fundamentales.

Fueron vinculados al trámite el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare, E.P.S. Compensar, COMFABOY, Hospital Regional Valle de Tenza con sede en Guateque - Boyacá- y, como terceros con interés legítimo, los integrantes de la lista de elegibles para la provisión del cargo de Oficial Mayor del Juzgado 1º Penal del Circuito de Tunja.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Como hechos jurídicamente relevantes se destacan los siguientes:

1. Mediante Acuerdo No. CSJBOA17-609 del 06 de octubre de 2017, el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare convocó a concurso abierto de méritos para proveer las

vacantes de los cargos de empleados de carrera judicial de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios.

2. LESLIE DANIELA IBÁÑEZ ZAMBRANO participó en la convocatoria y se inscribió para el cargo de “Oficial mayor o sustanciador de Circuito”, aprobando satisfactoriamente todas las etapas. El Registro Nacional de Elegibles se conformó mediante Resolución CSJBOYR21-319 del 18 de junio de 2021.

3. Con acto administrativo No. 001 del 01 de febrero de 2022 el Juez 1° Penal del Circuito de Guateque nombró a la accionante en el cargo de “Oficial Mayor” de ese despacho, para el cual tomó posesión el 07 de marzo siguiente.

4. El 08 de julio de 2022 la tutelante solicitó ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá el traslado horizontal para el cargo de “Oficial Mayor o Sustanciador” del Juzgado 1° Penal del Circuito de Tunja, por razones de salud de ella debido a que se encontraba en estado de embarazo de alto riesgo y de su menor hijo con diagnóstico de “Trisomía 21” o “Síndrome de Down”.

Mediante oficios Nos. CSJBOYO22-2411 y CSJBOYO22-2412 del 22 de julio de 2022 el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá, profirió concepto favorable para las dos clases de traslado solicitadas por LESLIE DANIELA IBÁÑEZ ZAMBRANO. Así mismo, por medio del Acuerdo CSJBOYA22-230 del 29 de julio de 2022 se conformó la lista de elegibles para la provisión del cargo de Oficial Mayor o sustanciador-nominado del Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja.

5. Con oficio No. CSJBOYO22-3114 del 20 de septiembre de 2022, la aludida Corporación remitió al Juzgado 1° Penal del Circuito de Tunja, la lista de elegibles y los conceptos de traslado a favor de la accionante, para que, el nominador del despacho, procediera a efectuar la provisión del cargo de Oficial Mayor que se encontraba en vacancia definitiva, conforme a lo dispuesto en la Ley 270 de 1996 y demás normas concordantes.

6. Con Resolución No. 011 del 30 de septiembre de 2022 “POR MEDIO DE LA CUAL SE REALIZA UN NOMBRAMIENTO EN PROPIEDAD EN EL JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE TUNJA”, el despacho decidió:

“PRIMERO: NO ACEPTAR las solicitudes de traslado de la señora LESLIE DANIELA IBÁÑEZ ZAMBRANO, en su condición de Oficial Mayor del Juzgado Penal del Circuito de Guateque – Boyacá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: NOMBRAR EN PROPIEDAD al señor JOSÉ LUIS PASACHOA MONTOYA, en el cargo de OFICIAL MAYOR del JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE TUNJA.

TERCERO: NOTIFÍQUESE este proveído, a todos y cada uno de los aspirantes al cargo de OFICIAL MAYOR del JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE TUNJA. (...)”

7. La accionante promovió recurso de reposición contra el anterior acto administrativo, el cual fue resuelto el 21 de octubre siguiente, mediante Resolución No. 014, en el sentido de no reponer la decisión primigenia.

8. Inconforme con la anterior determinación, LESLIE DANIELA IBÁÑEZ ZAMBRANO acude a la acción constitucional en procura del amparo de los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana, trabajo, debido proceso y a tener una familia.

8.1. Informa que su núcleo familiar está conformado por su esposo y sus tres hijos, I.P.I. de tres años, y S.P.I. y V.P.I. -gemelas de tres meses de edad-, y que su domicilio conyugal y el de su familia y red de apoyo es la ciudad de Tunja.

8.2. Indica que su hijo I.P.I. fue diagnosticado el 6 de noviembre de 2019 con síndrome de Down, razón por la cual requiere intervención, supervisión y manejo médico multidisciplinario, atención semestral con apoyo diagnóstico por las áreas de cardiología pediátrica, neumología pediátrica, neurología pediátrica y gastroenterología pediátrica,

terapias diarias integrales (fonoaudiología, física y ocupacional), pues de ello depende su buen desarrollo, inclusión a la sociedad y calidad de vida.

8.3. Expone que, conforme a lo indicado por el especialista en fisiatría de COMFABOY, la integración en el entorno familiar y social influye directamente en el desarrollo del niño I.P.I., por ende, requiere un papel activo y estimulante, no solo de los padres y hermanos, sino de su familia ampliada.

8.4. Afirma, de otro lado, que su labor como oficial mayor del Juzgado Penal del Circuito de Guateque la desarrolló, de forma virtual, hasta el 14 de julio de 2022, debido a que se encontraba en estado de gestación gemelar de alto riesgo y tenía restricción médica para viajar y cambiar de domicilio.

8.5. Resalta que sus hijos tienen en curso tratamientos con especialistas, por lo que, de verse obligada a cambiar de ciudad, tendrían que interrumpir dicha atención y la E.P.S. a la que se encuentra afiliada no cuenta con modelo de prestación directa de servicios en el municipio de Guateque, sino que presta algunos de sus servicios básicos a través del Hospital Valle de Tenza, entidad de segundo nivel asistencial y de mediana complejidad hospitalaria, razón por la cual se verían desprovistos de la atención en salud que requieren.

8.6 Por otra parte, afirma que el fundamento del traslado a la ciudad de Tunja obedeció a i) la condición y discapacidad de su hijo I.P.I. y ii) porque se encontraba cursando las últimas semanas de gestación “bicorial biamniótica” de alto riesgo, petición que fue analizada por el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare, quien emitió concepto favorable. No obstante, el Juez Primero Penal del Circuito de Tunja, mediante la Resolución No. 011 del 30 de septiembre de 2022, negó el traslado y dispuso el nombramiento en propiedad para el cargo de Oficial Mayor del señor José Luis Pasachoa Montoya.

Explica que interpuso recurso de reposición contra esa decisión, allegando los soportes

médicos, pero el juez, con Resolución No. 014 del 21 de octubre de 2022, resolvió mantener la determinación impugnada.

9. Con base en la situación fáctica descrita, pretende la prosperidad del amparo y, en consecuencia, se dejen sin efecto las Resoluciones No. 011 del 30 de septiembre de 2022 y 014 del 21 de octubre de 2022, mediante las cuales le fue negado el traslado al cargo de Oficial Mayor del Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja y que se ordene al titular de ese despacho que expida un nuevo acto administrativo en el que se lleve a cabo su nombramiento en propiedad en el cargo de Oficial Mayor, por cumplir con los requisitos previstos en el artículo 134 de la Ley 270 de 1996 y en el Acuerdo PCSJA17-10754 de 2017, y por contar con concepto favorable del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del 04 de noviembre de 2022, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja avocó conocimiento del asunto, concedió la medida provisional solicitada por la actora -suspensión del trámite de provisión del cargo de oficial mayor del Juzgado 1º Penal del Circuito de Tunja- y surtió el traslado a las partes accionadas y vinculadas, quienes se pronunciaron en los siguientes términos:

1. El Juzgado 1º Penal del Circuito de Tunja argumentó que no se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela toda vez que se cuestiona un acto administrativo de carácter particular y concreto, frente al cual la actora cuenta con los medios judiciales ordinarios, idóneos y eficaces, sin que se hubiera demostrado la falta de idoneidad de estos, ni la existencia de un perjuicio irremediable para determinar la procedencia excepcional del trámite constitucional.

Refirió que los actos administrativos emitidos, en aras de proveer de manera definitiva el cargo de Oficial Mayor, gozan de presunción de acierto y legalidad, pues se basaron en la

discrecionalidad del nominador y en que la lista de elegibles y los conceptos de traslado entregados por el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare no son vinculantes para el efecto. Señaló que se analizaron minuciosamente las condiciones de cada aspiración, dando relevancia al derecho al acceso al empleo por carrera y a la prevalencia de mejor puntaje.

Destacó que la accionante tuvo la oportunidad de acceder a un empleo en carrera en el Juzgado Penal del Circuito de Guateque y pretende obligar a un traslado, aun por encima de quienes la superaron en puntaje.

Aseguró que dentro de los motivos de traslado habilitados por el Consejo Seccional de Judicatura, no se incluyeron las situaciones de salud de las menores S.P.I. y V.P.I., sobre las que ahora se reclama protección.

Concluyó que la accionante se está apartando de los presupuestos fácticos y jurídicos de los traslados solicitados y no tuvo en cuenta que los medios para controvertir las decisiones no pueden ser utilizados para recomponer la solicitud inicial, como se trató de hacer con el recurso interpuesto frente a la Resolución 011 del 30 de septiembre de 2022.

2. El Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare solicitó que se declarara la ausencia de vulneración de derechos fundamentales de la accionante por parte de esa entidad, dada la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Argumentó que los traslados en la Rama Judicial están reglados por el Consejo Superior de la Judicatura y el concepto favorable o no favorable que emite el Consejo Seccional está sujeto al cumplimiento de unos requisitos.

Explicó que, de la documentación radicada por la accionante en su condición de Oficial Mayor del Juzgado Penal del Circuito de Guateque, se encontró que el día 8 de julio de 2022 presentó solicitudes de traslado por “razones de salud y de salud de un familiar”, para el

mismo cargo en el Juzgado 1° Penal del Circuito de Tunja, y que el 22 del mismo mes y año profirió concepto favorable.

Manifestó que, por medio del Acuerdo CSJBOYA22-230 del 29 de julio de 2022, se conformó la lista de elegibles para la provisión del cargo de Oficial Mayor o Sustanciador del Juzgado 1° Penal del Circuito de Tunja y con oficio CSJBOYO22-3114 del 20 de septiembre de 2022 remitió la lista de elegibles y los conceptos de traslado a favor de la accionante, para que el nominador de ese despacho efectuara la provisión del puesto que se encontraba en vacancia definitiva.

Informó que para el momento en que se conformó la lista de elegibles en la cual se encontraba la señora Leslie Daniela Ibáñez Zambrano para proveer el cargo de Oficial Mayor del Juzgado Penal del Circuito de Guateque, ella registró como puntaje total el equivalente a 661,68, encontrándose en dicha oportunidad en el primer puesto del listado y, que en la lista de elegibles conformada con Acuerdo CSJBOYA22-230 del 29 de julio de 2022, el concursante que se registró como primero en la lista presentó un puntaje equivalente a 678,87 que corresponde al señor Pasachoa Montoya José Luis.

Precisó que, conforme a las competencias del Consejo Seccional, dio trámite a las solicitudes de traslado que radicó la accionante, remitiéndolas en oportunidad al nominador, junto con la lista de elegibles, tal y como lo dispone la ley. De manera que no ha adoptado decisión alguna, de manera directa o indirecta, que haya incidido en la determinación adoptada por el Juez 1° Penal del Circuito de Tunja en Resolución No. 011 del 30 de septiembre de 2022, la cual se mantuvo mediante Resolución No. 014 del 21 de octubre de 2022, teniendo en cuenta que el Consejo Seccional de la Judicatura no tiene competencia para decidir sobre ese asunto.

3. Compensar E.P.S. informó que la accionante está afiliada a la entidad como cotizante dependiente desde el 25 de marzo de 2022.

Indicó que no presta servicios de salud en el municipio de Guateque y que actualmente se tiene población afiliada únicamente en portabilidad en ese municipio, a quienes se les garantiza la prestación de servicios de salud a través de la IPS Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza E.S.E.

Frente a la prestación de servicios de salud requeridos por los hijos de la accionante, mencionó que no existe servicio o suministro pendiente de autorizar.

4. La Caja de Compensación Familiar de Boyacá – COMFABOY manifestó que los hechos relacionados en la acción de tutela obedecen a aspectos familiares y personales de la señora LESLIE DANIELA IBÁÑEZ ZAMBRANO y su grupo familiar.

En relación con la atención del menor I.P.I. en el Instituto Integral de Rehabilitación para la Primera Infancia de COMFABOY, señaló que se encuentra matriculado desde el 7 de octubre de 2022 y que tales servicios son prestados únicamente en la ciudad de Tunja.

5. La E.S.E. Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza se opuso a las pretensiones de la demanda en relación con la entidad, argumentando que no se ha realizado conducta alguna que vulnere los derechos fundamentales invocados y que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva.

Precisó que los hijos de la accionante no son atendidos en ese hospital, debido a que los hechos y la situación de salud presentada escapa de la órbita de las acciones realizadas por la E.S.E. Hospital Regional Valle de Tenza, puesto que presta los servicios correspondientes a segundo nivel, y los diagnósticos médicos y correspondientes tratamientos implican una serie de especialidades con las que no cuenta.

Agregó que, dadas las situaciones de salud presentadas por los hijos de la accionante, ese hospital no está en la capacidad de brindar todas y cada una de las atenciones necesarias, por ende, la responsabilidad de determinar la IPS apropiada y competente para llevar a

cabo las actuaciones médicas necesarias, es la EPS a la que se encuentren afiliados los menores.

Advirtió que esa entidad nunca ha negado el servicio y la atención solicitada por la accionante y que, específicamente, ese hospital no puede brindar atención por las especialidades de gastroenterología pediátrica, cardiología pediátrica, neurología pediátrica, fisiatría y/o endocrinología pediátrica, por ser de segundo nivel.

EL FALLO IMPUGNADO

El 21 de noviembre de 2022 la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja declaró improcedente el amparo constitucional.

Primeramente, relacionó y examinó las pruebas documentales recopiladas en el trámite constitucional, los actos administrativos cuestionados, las normas que regulan la provisión de los cargos en carrera judicial y la jurisprudencia sobre el tema, análisis del que consideró que los derechos fundamentales de la accionante no se encuentran afectados con el acto administrativo cuestionado, para la procedencia excepcional de la acción de amparo, toda vez que la determinación de negar las solicitudes de traslado “por razones de salud y por razones de salud de un familiar”, efectuadas por la accionante y respecto de las cuales se emitió concepto favorable por parte del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare, estuvo fundada motivos objetivos, concretos y razonados.

Estableció que la situación fáctica y de salud de la accionante fue analizada por el Juez 1° Penal del Circuito de Tunja, con fundamento en los requisitos del Acuerdo PCSJA17-10754 de 2017, a partir de lo cual concluyó que no se acreditó el presupuesto allí exigido, consistente en la existencia de una recomendación médica expresa de imposibilidad de continuar desempeñando el cargo del cual es titular la peticionaria, ni se había probado que en la jurisdicción de Guateque no se cuente con un sistema de salud donde se pueda realizar la atención médica que requiere la señora Ibáñez Zambrano y su familia.

Por tanto, consideró que la inconformidad con lo decidido fue controvertida a través de la vía judicial idónea, la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Concluyó que la decisión desfavorable de la autoridad judicial accionada no constituye una afrenta a las garantías superiores de la promotora de la acción pues se encuentra vinculada a la Rama Judicial en el cargo de Oficial Mayor en el Juzgado Penal del Circuito de Guateque, está disfrutando de la licencia de maternidad y recibiendo la atención en salud que requiere a través de la E.P.S. Compensar.

LA IMPUGNACIÓN

La parte accionante impugnó el fallo

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto conforme con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y el canon 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 333 de 2021, toda vez que la decisión de primera instancia fue proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, de la cual esta Corporación es superior funcional.

Problema jurídico

Determinar si el Juzgado 1° Penal del Circuito de Tunja incurrió en los defectos de orden fáctico y procedimental por exceso ritual manifiesto al negar la solicitud de traslado horizontal por razones de salud de un familiar presentado por LESLIE DANIELA IBÁÑEZ ZAMBRANO, oficial mayor del Juzgado Penal del Circuito de Guateque.

Análisis del caso

1. La acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que sean amenazados o vulnerados por la conducta activa u omisiva de las autoridades públicas o los particulares en los casos previstos en la ley.

Se caracteriza por ser un trámite subsidiario e informal, que tiene lugar ante la ausencia de otro medio de defensa que permita el amparo del derecho fundamental, o cuando existiendo carece de eficacia para su protección. Y, excepcionalmente, para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

2. En el caso estudiado, en lo esencial la accionante pretende la anulación de la Resolución No. 011 del 30 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Tunja, que negó su solicitud de traslado horizontal al cargo de Oficial Mayor de ese despacho, por razones de salud de ella y un familiar y la Resolución No. 014 del 21 de octubre siguiente, que no repuso la decisión primigenia, por considerarlas vulneradora de las prerrogativas superiores de ella y sus menores hijos.

3. Frente a esta pretensión, lo primero que se advierte es que el presupuesto de subsidiariedad como requisito de la procedencia de la acción de tutela, exige que el ciudadano que acude al mecanismo de amparo haya agotado todos los medios judiciales que prevé el ordenamiento jurídico, pues de no ser así, se correría el riesgo de asumir competencias para las cuales el legislador estableció un juez natural.

Sin embargo, esa regla puede exceptuarse cuando se configure un perjuicio de carácter irremediable que redunde en la idoneidad del mecanismo de defensa ordinario para decidir el asunto, con la premura y celeridad que exige la materialización de un daño de tal envergadura.

4. En el sub examine, al controvertirse actos administrativos de naturaleza particular y concreta, las quejas o reproches legales que surjan en su contra deben, prima facie, zanjarse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme

a lo previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

Pero, para la tutelante ese mecanismo de defensa no sería idóneo porque la plaza a la que aspira ser trasladada, sería ocupada de manera inminente al encontrarse vigente el registro de elegibles generado con ocasión del reciente concurso de méritos para proveer los cargos del distrito judicial de Boyacá y Casanare, lo que materializaría un perjuicio de carácter irremediable².

De ahí que resulte necesario, superar el requisito de procedencia y analizar de fondo la posible trasgresión de los derechos fundamentales de la accionante y sus menores hijos, para lo cual resulta necesario hacer las siguientes precisiones.

5. El artículo 134 de la Ley 270 de 1996, modificado por el canon 1º de la Ley 771 de 2002, establece que se produce un traslado “cuando se provee un cargo con un funcionario o empleado que ocupa en propiedad otro de funciones afines, de la misma categoría y para el cual se exijan los mismos requisitos, aunque tengan distinta sede territorial” y procede por razones de: i) salud o seguridad debidamente comprobadas; ii) cuando lo soliciten por escrito en forma recíproca funcionarios o empleados de diferentes sedes territoriales; iii) cuando lo solicite un servidor público de carrera para un cargo que se encuentre vacante en forma definitiva; y, iv) cuando el interesado lo solicite y la petición esté soportada en un hecho que por razones del servicio la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura califique como aceptable.

En el Acuerdo PCSJA17-10754 de 2017 el Consejo Superior de la Judicatura compiló “los reglamentos de traslados de los servidores judiciales y se dictan otras disposiciones en la materia” en el cual hizo alusión a la definición de traslado y las clases citadas en ley estatutaria, referida en precedencia.

Las reglas para las solicitudes de traslado por razones de salud fueron definidas en ese

acuerdo de la siguiente manera:

Como requisitos para la procedencia de esa modalidad de traslado se estableció que:

“Los dictámenes médicos que reflejan las condiciones de salud (diagnóstico médico y recomendaciones de traslado), deberán ser expedidos por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o Administradora de Riesgos laborales (A.R.L) a la cual se encuentre afiliado el servidor. Cuando se trate de su cónyuge, compañero o compañera permanente, descendiente o ascendiente en primer grado de consanguinidad o único civil, según corresponda, también se aceptará el dictamen médico que provenga del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Los dictámenes médicos no deberán tener fecha de expedición superior a tres (3) meses. Igualmente, si el diagnóstico proviene de un médico particular éste deberá ser refrendado, por la EPS o, por la Administradora de Riesgos Laborales de la Rama Judicial cuando se trate de una enfermedad profesional del servidor.

Si se trata de enfermedades crónicas, progresivas, degenerativas, o congénitas, que causen deterioro progresivo de su estado de salud, ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentren, la vigencia de los dictámenes médicos podrá ser superior a los tres (3) meses, sin exceder los seis (6) meses de expedición” (artículo octavo).

Y se indicó que para la emisión del respectivo concepto, los Consejos Superior y Seccionales tendrán en cuenta, entre otros aspectos:

a) El diagnóstico médico sobre las condiciones de salud que se invocan, expedido en los términos señalados en el artículo octavo de este Acuerdo, en el cual se recomienda expresamente el traslado por la imposibilidad de continuar desempeñando el cargo del cual es titular. Cuando se trate de la enfermedad del cónyuge, compañero o compañera permanente, descendiente o ascendiente en primer grado de consanguinidad o único civil,

el dictamen médico debe contener recomendación clara y expresa que permita concluir a la Administración, sobre la necesidad del traslado.

b) Se deberá acreditar el parentesco, cuando se trate de enfermedad del cónyuge, compañero o compañera permanente, descendiente o ascendiente en primer grado de consanguinidad o único civil.

c) En el evento que la sede escogida no atienda la recomendación médica, la Unidad de Administración de la Carrera le ofrecerá las vacantes que cumplan con ésta a efectos de obtener el consentimiento expreso del servidor y, plasmará en su concepto porqué las vacantes ofrecidas cumplen con la recomendación médica.

6. En el caso estudiado, LESLIE DANIELA IBÁÑEZ ZAMBRANO, oficial mayor del Juzgado Penal del Circuito de Guateque, presentó dos solicitudes de traslado horizontal al Juzgado 1° Penal del Circuito de Tunja ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare:

Una. Debido a su “estado de gestación bicorial y biamniótica de alto riesgo, por tratarse de un embarazo múltiple, por antecedente de parto pretérmino de 34 semanas y riesgo de aneuploidías”, por el cual, sus médicos tratantes le sugirieron permanecer en una ciudad con centro de salud que cuente con UCIN y tenga la capacidad para recibir a sus hijas por nacer.

Dos. En razón a la salud de su hijo, I.P.I., que padece de Síndrome de Down y requiere control constante con las especialidades de cardiología, neumología, gastroenterología, pediátricas, terapias integrales de fonoaudiología, física y ocupacional, para garantizar su normal desarrollo.

A las peticiones la servidora judicial adjuntó copia de la historia clínica de su gestación y el resultado del examen “Genetix” practicado el 26 de octubre de 2019, al niño I.P.I., en el

cual se indicó como razón para realizar la prueba “Sn Down” y como conclusión: “Cariotipo masculino con trisomía 21 por translocación robertsoniana entre los cromosomas 21”.

Por su parte, el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare el 22 de julio del presente año emitió concepto favorable para las dos solicitudes de traslado presentadas por la servidora judicial y las remitió junto con la lista de elegibles producto del concurso de méritos al Juzgado 1° Penal del Circuito de Tunja de acuerdo con el artículo vigésimo primero del Acuerdo PCSJA17-10754 de 2017 a quien le correspondía la decisión definitiva del nombramiento.

En virtud de lo anterior, el Juez 1° accionado emitió la Resolución No. 011 del 30 de septiembre de 2022 en la cual frente a las solicitudes de traslado de la actora precisó:

“Revisados los documentos que acompañan y fundamentan las peticiones de traslado por salud, se advierte que no existe un diagnóstico médico conforme a los requisitos señalados en el artículo 9 del Acuerdo PCSJA17-10754 de 2017, ya que con relación a los historiales clínicos aportados, allí no se confeccionó recomendación expresa, como lo indica el artículo 8 del mentado acuerdo.

Sumado a lo anterior, se debe indicar que no se evidencia en la petición de traslado por salud, que en la jurisdicción de Guateque, no se cuente con un sistema de salud donde se pueda realizar la atención de salud requerida por la peticionaria y su progenie, aparte de que no se evidenció que el núcleo familiar de la servidora judicial se encuentre en la ciudad de Tunja, para poder contar con la red de apoyo familiar, sumado a que las condiciones de salud, alegadas por la señora LESLIE DANIELA IBÁÑEZ ZAMBRANO, radicarían en un embarazo de alto riesgo, que de una u otra forma, ya habría culminado para el momento de emisión de la presente determinación.

En esa medida y a pesar de los conceptos favorables (no vinculantes) por parte del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare, el Despacho no aceptará las solicitudes de

traslado de la señora LESLIE DANIELA IBÁÑEZ ZAMBRANO, dado que los diagnósticos médicos aportados, no cumplen con los requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional, en particular los artículos 8 y 9 del Acuerdo PCSJA17-10754 de 2017, quedando sin demostrar, una afectación grave en su salud o en la del menor I.P.I., que permita privilegiar su situación personal con el fin de asegurar sus derechos a la salud o a la vida”.

En consecuencia, negó las peticiones de la servidora judicial y, para el cargo de oficial mayor del juzgado y nombró al primero de la lista de elegibles en virtud del mérito.

La ciudadana IBÁÑEZ ZAMBRANO presentó recurso de reposición contra la anterior decisión, en lo esencial, por las siguientes razones:

i) Su familia está conformada por su esposo y tres hijos, I.P.I. de tres años y S.P.I. y V.P.I. de tres meses.

ii) Su hijo I.P.I nació prematuro de 34 semanas, con bajo peso para edad gestacional y fue diagnosticado con Síndrome de Down, tales condiciones son congénitas y se relacionan con diferentes comorbilidades, razón por la cual requiere controles semestrales en las áreas de cardiología pediátrica, neumología pediátrica, neurología pediátrica, gastroenterología pediátrica, así como terapias integrales (fonoaudiología, terapia física y ocupacional) y el apoyo de su familia ampliada.

iii) Su condición de embarazo desapareció, pero nacieron sus hijas S.P.I. y V.P.I., quienes presentan bajo peso para edad gestacional y requieren manejo por “Programa Madre Canguro” el cual “finaliza a los dos años de edad corregida”, servicio que solo se encuentra presente en la ciudad de Tunja.

iv) Se encuentra afiliada a la E.P.S. Compensar que no cuenta con modelo de atención en el municipio de Guateque, Boyacá y el programa de madre canguro está concentrado en la

ciudad de Tunja y no presta atención en el municipio de Guateque.

v) El centro de habilitación para la primera infancia en el que está matriculado su hijo I.P.I., también se encuentra ubicado en la ciudad de Tunja y cuenta con instalaciones especiales para fomentar el desarrollo de niños y niñas hasta los cinco años.

El titular del Juzgado 1° Penal del Circuito de Tunja mediante Resolución 014 del 21 de octubre de 2022 resolvió no reponer el acto administrativo cuestionado y, frente a las acotaciones de la recurrente, señaló que:

i) No existe un diagnóstico médico conforme a los requisitos señalados en el artículo 9 del Acuerdo PCSJA17-10754 de 2017, toda vez que en la historia clínica no se “confeccionó recomendación expresa”, como lo indica el artículo 8° ejusdem, “quedando patente que dentro de las recomendaciones explícitamente significadas por el médico tratante, no se aludió al acotado traslado, ni se especificó la afectación grave de salud, de la servidora judicial, ni de su menor hijo”.

ii) Los documentos aportados por la solicitante, tienen fecha posterior a la notificación del acto administrativo recurrido, que refieren cita por primera vez, como es el caso de psicología y de historia clínica de ingreso con pediatría, con lo que no se comprueba la necesidad del traslado, sino “la intención de la recurrente de variar la base fáctica de su pedido”.

iii) No se demostró que el programa especializado al que fue inscrito I.P.I. el 06 de octubre de 2022 en COMFABOY “no pueda realizarse en el municipio de Guateque, lugar donde existen oficinas y especialistas de esa entidad, a más que directamente, dicha Caja, no funge como EPS de LESLIE DANIELA IBÁÑEZ ZAMBRANO y su progenie”.

iv) La peticionaria IBÁÑEZ ZAMBRANO se encuentra gozando de licencia de maternidad, es decir que finalizó el embarazo que sustentó la solicitud de traslado y, en lo atinente

“programa de madre canguro, como quiera que dicha circunstancia, aparte de que no influiría en su salud -no media historial médico al respecto-, tal presupuesto, no hizo parte del pábulo para deprecar su traslado por motivos de salud”.

El examen de los actos administrativos cuestionados permite evidenciar que la negativa del Juzgado 1° Penal del Circuito de Tunja de aceptar el traslado por razones de salud de la accionante y de su menor hijo, obedeció a que, de las pruebas aportadas por la solicitante, no se advirtió la “existencia de la recomendación expresa de la necesidad del traslado por parte del médico tratante”, con lo que incumplió el artículo 9° del Acuerdo PCSJA17-10754 de 2017, en concordancia con el artículo 8° de la misma norma.

La exposición realizada permite advertir que el juzgado accionado incurrió en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto derivado de la aplicación literal y excesivamente formalista de la norma citada, al negarle a la accionante el traslado por razones de salud de su hijo, por no encontrar una “recomendación expresa del traslado” en la historia clínica aportada por la servidora judicial.

Conforme se observó de la solicitud de traslado, la señora IBÁÑEZ ZAMBRANO como prueba de la necesidad de este, planteó la continuidad de los servicios de salud especializados que requiere su hijo menor de edad con “Síndrome de Down”, ante la imposibilidad de ser prestados en el municipio de Guateque, Boyacá, donde actualmente funge como oficial mayor, los cuáles sí puede recibir en la ciudad de Tunja (lugar de residencia actual).

Circunstancia que si bien no constituye una recomendación expresa, si permitía concluir al nominador sobre la necesidad del traslado, máxime que se encontraban en juego los derechos a la salud y vida en condiciones dignas de un sujeto de especial protección constitucional.

Ahora bien, el Juez 1° Penal del Circuito de Tunja destacó tanto en el acto administrativo

que negó el traslado, como en el que resolvió el recurso de reposición, la presunta falta de pruebas que sustentaran situaciones específicas de la solicitud, lo que condujo a que descartara la pretensión de la servidora fundamentada en el estado de salud de su hijo menor de edad.

Ante esa duda, en aplicación del principio pro infans a fin de indagar sobre la realidad de lo acontecido, le correspondía ejercer las facultades oficiosas en materia de pruebas y solicitar a la E.P.S. Compensar a la cual se encuentra afiliada la accionante y su menor hijo y al Hospital Regional Valle de Tenza, información sobre la continuidad del servicio de salud del menor I.P.I. en Guateque, Boyacá.

Ello, a efecto de contar con todos los elementos de juicio que le permitieran arribar a una decisión acorde con el contexto y las necesidades del menor de edad.

Lo expuesto pone en evidencia que la colegiatura accionada incurrió en defectos de orden fáctico y por exceso ritual manifiesto, que habilitan la intervención excepcional del juez de tutela para remediar los errores advertidos y garantizar los intereses de rango constitucional.

En consecuencia, se revocará la sentencia impugnada y, en su lugar, se tutelaré el derecho fundamental al debido proceso de LESLIE DANIELA IBÁÑEZ ZAMBRANO. En consecuencia, se ordenará al Juzgado 1° Penal del Circuito de Tunja, en el término de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta sentencia, deje sin efecto las resoluciones No. 011 del 30 de septiembre y 014 del 21 de octubre de 2022 y resuelva nuevamente la solicitud de traslado por razones de salud de un familiar presentado por la accionante, conforme a las consideraciones precisadas en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sala Segunda de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

1. Revocar la decisión impugnada, por las razones expuestas en la anterior motivación.

2. Tutelar el derecho fundamental al debido proceso de LESLIE DANIELA IBÁÑEZ ZAMBRANO y ordenar al Juzgado 1° Penal del Circuito de Tunja, en el término de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta sentencia, deje sin efecto las resoluciones No. 011 del 30 de septiembre y 014 del 21 de octubre de 2022 y resuelva nuevamente la solicitud de traslado por razones de salud de un familiar presentado por la accionante, conforme a las consideraciones precisadas en esta providencia.

3. Enviar la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Corregida mediante Resolución No. CSJBOYR21-325 23 de junio de 2021.

2 Así lo sostuvo esta Corporación en un caso de similares contornos. (CSJ
STP15264-2022, 06 oct., rad. 126277).