

Sentencia T-588/10

ACCION DE TUTELA PARA IMPUGNAR NOMBRAMIENTO DE FUNCIONARIOS DE CARRERA-
Procedencia excepcional cuando el agotamiento de los medios de defensa judicial no permite que el afectado acceda al cargo al que tiene derecho

CARRERA JUDICIAL-Traslados por razones de salud y elaboración de listados de elegibles/CARRERA JUDICIAL-Debe ponderarse situación fáctica respecto al estado de salud de un funcionario y el de su familia al momento de elegir entre candidato que ocupa el primer lugar y éste

Este Tribunal ha considerado que esta regla encuentra su excepción en materia de traslados por razones de salud al considerarse que, en estos casos, es necesario ponderar el derecho a la salud y la vida del funcionario o de sus familiares frente al derecho a acceder a cargos públicos en igualdad de condiciones. En este orden de ideas, cuando un ente nominador debe elegir entre el candidato que ocupa el primer lugar en el listado de elegibles elaborado para la provisión de una vacante determinada, y un funcionario que solicita su traslado al mismo cargo por razones de salud, debe ponderar no sólo los méritos y calidades de uno y otro, sino también la situación fáctica en que se encuentran este último y sus familiares.

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS-No vulneración por cuanto se aplico excepción en materia de traslados por razones de salud para acceder a cargos públicos

En el caso concreto, no se presenta el supuesto de haberle dado preferencia a un candidato de la lista que se encontraba en un puesto inferior al ocupado por la accionante, situación que, en principio, sí conllevaría a la vulneración de los derechos fundamentales de quien ocupa el primer lugar en la lista de elegibles. Por el contrario se está frente a una situación donde el ente nominador debió elegir entre una candidata que por sus méritos y calidades ocupaba el primer lugar en el listado de elegibles, y ejerció su opción para elegir una sede de su preferencia entre las vacantes existentes y un magistrado que solicita un traslado horizontal al mismo cargo por razones de salud de su hija menor de edad, quien como se expuso, es sujeto de especial protección constitucional. Lo anterior, sustentado en que, aun cuando por regla general el mérito es el único criterio que debe regir el ingreso, la permanencia y el ascenso en la carrera judicial, esta regla encuentra su excepción en materia de traslados por razones de salud, entre otros, al considerarse que en estos casos, es

necesario ponderar el derecho a la salud y la vida del funcionario o de sus familiares frente al derecho a acceder a cargos públicos, máxime si se trata como en esta ocasión, de proteger el interés superior de una menor de edad.

Referencia: expediente T-2528803

Acción de tutela instaurada por Inés Adelina Robles de Mcswain contra el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa.

Magistrada Ponente:

Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil diez (2010)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca - Sala Jurisdiccional Disciplinaria- el veintiocho (28) de agosto de dos mil nueve (2009) y en segunda instancia por el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Jurisdiccional Disciplinaria, el veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009), dentro de la acción de tutela instaurada por Inés Adelina Robles de Mcswain contra el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del Auto de marzo veintiséis (26) de dos mil diez (2010) proferido por la Sala de Selección Número Tres.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos¹

Inés Adelina Robles de Mcswain, mediante apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa – por considerar que esta entidad vulneró sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al acceso a cargos públicos, al trasladar, por razones de salud, a otro funcionario a la vacante solicitada previamente por ella, a pesar (i) que ocupa el primer lugar en la lista de elegibles (situación que, según afirma, le permite elegir la sede que considere conveniente) y (ii) que las razones aducidas por el funcionario, no son suficientes para autorizar el traslado.

Las presuntas vulneraciones las fundamenta en los siguientes hechos:

1.1. Mediante acuerdo número 1547 del año 2.002, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura convocó a concurso de méritos para “vincularse a la Rama Judicial en los cargos de Magistrado de Sala Administrativa de los Consejos Seccionales de la Judicatura”.²

1.2. Luego de concursar para obtener el cargo y superar satisfactoriamente todas las etapas, la accionante quedó posicionada en el décimo lugar, según la lista de elegibles, publicada el 10 de agosto de 2005, por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

1.3. El 20 de junio de 2008, el registro de elegibles fue actualizado y la señora Inés Adelina Robles de Mcswain quedó en el primer lugar de la lista.

1.4. El 04 de noviembre de 2008, la Rama Judicial publicó en su página web la disponibilidad de una vacante para ocupar el cargo de magistrado en la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, con sede en Medellín. Ante esta opción, y teniendo en cuenta que la señora Robles ocupaba el primer lugar en la lista de elegibles, manifestó a la entidad demandada su interés de ocupar dicho cargo. No obstante, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, sin que al momento de diligenciar “el formato de opción” hubiera informado de situaciones administrativas que interfirieran su nombramiento, decidió darle esta vacante a una magistrada de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Chocó, quien solicitó su traslado a la ciudad de Medellín por razones de salud.³

1.5. Teniendo en cuenta que la accionante consideró que se encontraba debidamente justificado el traslado de la funcionaria por razones de salud, espero la disponibilidad de una nueva vacante.⁴

1.6. El 01 de junio de 2.009, se publicó en la página web de la Rama Judicial la disponibilidad de una nueva vacante para ocupar el cargo de magistrado en la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de Bolívar, con sede en Cartagena. Ante esta opción, la accionante manifestó su interés de ocupar dicho cargo. No obstante, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, sin tener en cuenta su primer lugar en la lista de elegibles y sin que al momento de diligenciar el formato de opción hubiera informado de situaciones administrativas que interfirieran su nombramiento, decidió darle esta vacante a Iván Eduardo Latorre Gamboa, Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, quien solicitó traslado a la ciudad de Cartagena por razones de salud de su hija menor, quien reside en Valledupar.⁵

1.7. Sobre tal hecho, el apoderado de la señora Inés Adelina Robles de Mcswain señaló que se desconoció abiertamente la previsión del artículo cuarto del Acuerdo PSAA084536 de 2008, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, que señala:

“Artículo cuarto: Confirmación y remisión de relaciones de aspirantes por sedes. Una vez vencido el plazo de publicación de sedes, la Unidad de Administración de Carrera Judicial, teniendo en cuenta las vacantes definitivas reportadas y las sedes escogidas por los aspirantes, conformará y publicará a través de la página web, en orden descendente de puntajes, la relación de aspirantes por sedes, respetando el orden señalado en el correspondiente Registro Nacional de Elegibles. Acto seguido las remitirá a las Salas Administrativas de los diferentes Consejos Seccionales, junto con los conceptos favorables de traslado relacionados con las respectivas vacantes”.

De otra parte, sostuvo que el médico tratante de la hija del funcionario no incluyó en su diagnóstico la recomendación de realizar el traslado para mejorar las condiciones de salud de la menor, incumpliendo con la normatividad vigente (artículo décimo del capítulo II del acuerdo 1581 de 2.002 dictado por la Sala Administrativa del Consejo Superior) que ordena, para realizar el traslado de un funcionario público por motivos de salud, que el diagnóstico clínico, realizado por el médico tratante, contenga esta recomendación.

Así mismo, señaló que “la única y excepcional situación administrativa en que está jurídicamente permitido – y por ello es de aplicación restrictiva –, presentar a consideración del nominador una petición de traslado, y resolver antes de la conformación de las listas de candidatos o elegibles, es la prescrita en el artículo décimo quinto del capítulo IV del acuerdo 1581 de 2.002 dictado por la propia Sala Administrativa del Consejo Superior, que hace referencia a las solicitudes que en tal sentido formulen los servidores judiciales de carrera, que se encuentre vacante en forma definitiva, con funciones afines, de la misma categoría y para el cual se exijan los mismos requisitos.”

Finalmente, sostuvo que “La violación del debido proceso administrativo se afirma, en los términos del artículo 29 de la C. Pol (sic); porque la Unidad de Administración de la Carrera Judicial no conformó, ni publicó, a través de la página web, antes de presentar a consideración de la Sala la petición de traslado del Magistrado Iván Eduardo Latorre Gamboa la relación de aspirantes (...) respetando el orden señalado en el correspondiente Registro Nacional de Elegibles en el cual mi poderdante ocupa el primer lugar. A lo cual se añade que el artículo 167 de la ley 270 de 1.996 dispone que recibidas las listas de candidatos por el nominador, éste procederá al nombramiento dentro de los 10 días siguientes”.

2. Contestación de la acción

2.1. El Director de la Unidad de Administración de la Carrera Judicial de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, en los siguientes términos:

“No debe olvidarse que ley estatutaria de la administración de justicia, consagra en su artículo 152 que el traslado es un derecho que tiene todo funcionario o empleado de la Rama Judicial cuando no sea posible continuar con el cargo, entre otras razones, por salud o por seguridad, debidamente comprobadas tanto del servidor como de sus familiares en unos específicos y determinados grados.

Así pues, las causas que hagan imposible continuar en el cargo, no debe predicarse únicamente cuando el servidor judicial el afectado directamente, ya que las afecciones de salud que puedan afectar a uno de los miembros de su núcleo familiar, también califican

como razones que le impiden continuar en una determinada sede (...)"

De otra parte, señaló que las vacantes definitivas en cargos para Magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura, de conformidad con el Acuerdo 4536 de 2008, deberán asignarse considerando conjuntamente las listas de candidatos y las peticiones de traslado oportunamente presentadas, proceso que se cumplió en el traslado del funcionario Iván Eduardo Latorre Gamboa.

Finalmente sostuvo: "Para la Sala, los dictámenes médicos expedidos en relación con la enfermedad degenerativa de la menor, muestran no sólo la claridad y contundencia en la enfermedad de la aquejada, sino que con ellos se confirma la justificación y la razonabilidad del traslado solicitado por el doctor Latorre Gamboa, toda vez que son inequívocos en la necesidad de conveniencia de su traslado (...)"

"(...) Solicité traslado hacia la ciudad de Cartagena por razones de salud de mi hija Milvana, quien desafortunadamente padece una grave enfermedad denominada "Atrofia Muscular Espinal Tipo II B" o "Atrofia de Médula Espinal Tipo II B" que por desgracia la ha llevado a permanecer en silla de ruedas y a requerir ayuda para casi todas sus actividades.

(...)

Mi ubicación en la ciudad de Cartagena, además de las bondades del clima para mi hija, significa que serán muchos y más frecuentes los momentos en que vamos a compartir con los niños y yo (...) valga también anotar que las posibilidades de atención médica y de recuperación para Milvana, se mejoran ostensiblemente en Cartagena, en donde hay más y mejores especialistas y centros de rehabilitación que en Valledupar".⁷

Agregó el funcionario que la solicitud de traslado se soporta también en el concepto de la Psicóloga Adriana Viña⁸ quien recomendó para la menor, mayor contacto con el padre dado que se aproxima a la adolescencia. Así mismo, sostuvo que el médico fisiatra consideró que el clima frío y la altura de Pasto, donde se encontraba domiciliado, no beneficiaba la recuperación de su hija.⁹

Según el funcionario en su caso aplican las normas que regulan el traslado específicamente por condiciones de salud de él o de su familia.

Así mismo, manifestó que no existe vulneración del derecho al debido proceso del accionante porque "(...) recientemente existieron vacantes en Cali (2), Pereira y Quibdó y no optó (sic) a ellas."

Finalmente, señaló que en el caso concreto no procede la acción de tutela debido a que la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial como son las acciones contencioso administrativas.

2.3. La señora Milena Katherine Urbina, madre y representante legal de la menor de edad, manifestó que el traslado del señor Iván Eduardo Latorre es de gran importancia para su hija, al permitir que la menor tenga más contacto con su padre y por tanto apoyo emocional en la difícil situación de salud que enfrenta. Así mismo, sostuvo que su traslado a Cartagena contribuye con el tratamiento de hidroterapia recomendado por el médico tratante de la menor.

3. Decisión judicial de primera instancia.

El día veintiocho (28) de agosto de dos mil nueve (2009) el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca -Sala Jurisdiccional Disciplinaria- profirió sentencia amparando los derechos invocados por la accionante ordenando "repetir el procedimiento para el nombramiento en propiedad de Magistrado de la Sala administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar" con base en las siguientes consideraciones:

"Aquí se genera una situación de desigualdad, frente a las aspiraciones de la accionante Inés Adelina Robles, quien escogió las seccionales de Antioquia, Atlántico y Bolívar, sin que hasta ahora haya sido nombrada, pues en las dos oportunidades mencionadas, en las que estaba en lista en el primer lugar para las seccionales de Antioquia y de Bolívar, se hicieron traslados, siendo el segundo en contravía de la normatividad legal, afectando sus derechos fundamentales.

Se encuentra sí una certificación médica aportada por el doctor Latorre Gamboa a esta acción (f.73 co) a favor de la niña "por la que se recomienda que viva en ciudades cuya altura sea cercana al nivel del mar (...)" pero el Acuerdo lo que exige es que sea a favor del Magistrado o de la Magistrada que solicite el traslado, por lo que no cumple el requisito legal."

Así mismo señaló:

“(…) No se hizo la conformación ni la publicación mediante la página web de la relación de aspirantes por sedes, en orden descendente de puntajes respetando el orden señalado en el correspondiente registro nacional de elegibles (…) Así, encontramos que el Director de Carrera Judicial incurrió en vías de hecho al presentar exclusivamente la petición de traslado y no conjuntamente con los listados de elegibles (…) y además proyectar favorablemente el concepto para el traslado de la Seccional de Nariño a la Seccional Bolívar pese a que allí mismo se advertía que no tenía recomendación expresa a favor del Magistrado para traslado por razones de salud (…).”

“(…) y si a esto le sumamos que la caducidad de los listados hace que cada vez se encuentre más lejana la posibilidad de que la doctora Inés Adelina Robles de Mcswain, a pesar de encontrarse en el primer lugar del listado de elegibles, sea nombrada, deja en evidencia el perjuicio irremediable, que amerita la procedencia de la tutela como mecanismos transitorio”.¹⁰

4. Impugnación.

4.1. El señor Jorge Mario Rivadeneira, Director de la Unidad de Administración de la Carrera Judicial de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, recurrió el fallo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura de Cundinamarca -Sala Jurisdiccional, al considerar que los artículos 8 y 10 del Acuerdo 1581 de 2002 establecen que la solicitud de traslado por razones de salud puede darse tanto por enfermedades que afectan directamente al servidor público como por enfermedades que afecten a un pariente en primer grado de consanguinidad.¹¹

4.2. Así mismo, el funcionario Iván Eduardo Latorre, impugno el fallo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura de Cundinamarca -Sala Jurisdiccional Disciplinaria – al considerar que: (i) no se probó un perjuicio irremediable que permitiera concluir que el caso particular procede la acción de tutela como mecanismo transitorio; (ii) la accionante cuenta con la posibilidad de ingresar a la Rama Judicial en el cargo de Magistrada de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en la Sede de Nariño, debido a que actualmente se

encuentra vacante y (iii) la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura tiene la posibilidad de realizar traslados por razones de salud tanto de sus funcionarios como de sus familias.

5. Decisión judicial objeto de revisión.

El veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009) el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Jurisdiccional Disciplinaria - decidió revocar el fallo proferido en primera instancia, al considerar que no era procedente la acción de tutela interpuesta por la accionante al no haberse probado la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En tal sentido señaló:

“En el caso que nos ocupa y a pesar de las manifestaciones del apoderado de la accionante, para sustentar la existencia de un perjuicio irremediable inminente en virtud de estar próxima a extinguirse la vigencia de la lista de elegibles para magistrados de Sala Administrativa del Consejo Seccional, no resultan de recibo tales argumentaciones, en la medida en que como lo expresó la Dirección ejecutiva de Administración Judicial, la accionante dada su condición privilegiada en la lista de elegibles como única candidata, puede optar por ser elegida en el cargo para el cual aspira, sin que se pueda alegar perjuicio inminente por no ser vinculada a la sede de su elección, en virtud de que el concurso se refiere al cargo y no a determinada sede.”

6. Pruebas allegadas a la Corte.

6.1. El 18 de junio de 2.010 la Presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura envió a esta Corporación la Resolución No. PSAR10-140 de 2.010 “mediante la cual se hace nombramiento en propiedad, para informar que la accionante fue nombrada en propiedad en el cargo de Magistrada de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Caquetá.

6.2. El 28 de junio de 2.010 la accionante, mediante escrito dirigido a esta Corporación, manifestó que aceptó el nombramiento en la sede de Florencia - Caquetá, únicamente porque se encontraba en la fecha límite para escoger sede. Sostuvo que trasladarse a la sede de Florencia “implica, alto riesgo de seguridad para mi esposo e hijo - ambos de nacionalidad norteamericana.”

I. CONSIDERACIONES.

La Sala es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico.

En el presente caso corresponde a la Sala Primera de esta Corporación, resolver el siguiente problema jurídico ¿Desconoce (el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa), los derechos al debido proceso, a la igualdad y al acceso a cargos públicos de una ciudadana, al proveer una vacante de magistrado (de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de Bolívar), ordenando el traslado horizontal de un magistrado (de Nariño a Bolívar), con fundamento en la salud de una hija menor de edad de tal magistrado, pese a que quien había solicitado previamente ser designada ocupa el primer lugar en la lista de elegibles?

Para resolver el problema jurídico, la Sala (i) reiterará los criterios fijados por esta Corporación acerca de la procedencia de la acción de tutela para restablecer derechos presuntamente vulnerados por autoridades administrativas, en la provisión de cargos mediante concursos públicos de méritos; (ii) reiterará los criterios señalados en la jurisprudencia de este Tribunal respecto a la provisión de cargos en la Rama Judicial mediante el Registro de Elegibles y traslados por razones de salud y, con fundamento en estas consideraciones (iii) se abordará el estudio del caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para impugnar el nombramiento de funcionarios de carrera judicial. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de 1.991 y el artículo 6° del Decreto 2591 de 1.991, toda persona puede reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, el restablecimiento inmediato de sus derechos fundamentales mediante la acción de tutela, siempre que: (i) no se cuente con otro medio judicial de protección; (ii) la acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹² y (iii) existiendo

otro medio judicial de protección, éste no resulte idóneo para la defensa de los derechos fundamentales presuntamente conculcados.¹³

3.2. En materia de provisión de cargos mediante concursos públicos de méritos, si bien en principio podría sostenerse que los afectados por una presunta vulneración de sus derechos fundamentales podrían controvertir las decisiones tomadas por la administración -las cuales están contenidas en actos administrativos- mediante las acciones señaladas en el Código Contencioso Administrativo, se ha estimado que estas vías judiciales no son siempre idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados.¹⁴

3.3. En armonía con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1.991, esta Corte ha analizado las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo y establecido sus alcances, en materia de restablecimiento de los derechos fundamentales de quien no es designado en el cargo al que aspira, sin perjuicio de ostentar un mejor derecho y ha concluido que la acción de tutela se erige en el único procedimiento eficaz con que cuenta el afectado, para que el nominador atienda el resultado del concurso y realice la designación atendiendo la conformación de la lista de elegibles.

3.4. En efecto, la Corte ha señalado que las aludidas acciones, a pesar de su carácter público, no logran proveer el mismo grado de amparo jurisdiccional a los derechos fundamentales de los peticionarios, en hipótesis tales como la no elección del primer candidato de un listado de elegibles, o la no ponderación de las hojas de vida del primer candidato del listado de elegibles y los funcionarios que solicitan su traslado horizontal a una determinada plaza, toda vez que su agotamiento no permite que el afectado acceda oportunamente al cargo al que tiene derecho.

3.5. De conformidad con lo anterior, encuentra la Sala de revisión que, en el caso concreto, resulta procedente la acción de tutela como mecanismo de amparo de los derechos fundamentales de la señora Inés Adelina Robles de Mcswain, presuntamente vulnerados por el Consejo Superior de la Judicatura.

4. Traslados por razones de salud y elaboración de listados de elegibles. Reiteración de jurisprudencia.¹⁵

4.1. De conformidad con el artículo 1° de la Ley 771 de 2002, los traslados de funcionarios o

empleados que ocupan en propiedad otro de funciones afines pueden llevarse a cabo en los siguientes eventos:

“1. Cuando el interesado lo solicite por razones de salud o seguridad debidamente comprobadas, que le hagan imposible continuar en el cargo o por estas mismas razones se encuentre afectado o afectada su cónyuge, compañera o compañero permanente, descendiente o ascendiente en primer grado de consanguinidad o único civil, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el funcionario y medie su consentimiento expreso.

“2. Cuando lo soliciten por escrito en forma recíproca funcionarios o empleados de diferentes sedes territoriales, en cuyo caso sólo procederá previa autorización de la Sala Administrativa de los Consejos Superior o Seccional de la Judicatura.

“Cuando el traslado deba hacerse entre cargos cuya nominación corresponda a distintas autoridades, sólo podrá llevarse a cabo previo acuerdo entre éstas.

“3. Cuando lo solicite un servidor público de carrera para un cargo que se encuentre vacante en forma definitiva, evento en el cual deberá resolverse la petición antes de abrir la sede territorial para la escogencia de los concursantes.

“4. 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 estos eventos, el procedimiento que debe seguirse es el siguiente:

La solicitud de traslado debe ser presentada por escrito ante la Unidad de Administración de la Carrera Judicial, y debe ir acompañada de los dictámenes médicos que fundamentan la petición del funcionario (artículo 8º Acuerdo 1581 de 2.002).

Recibida la solicitud, la Unidad de Administración de la Carrera Judicial debe consultar a la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura que corresponda, sobre las sedes y cargos a los que podría ser trasladado el servidor, información que luego deberá ser comunicada a éste para que manifieste su consentimiento expreso sobre su traslado a la sede de su interés (parágrafo artículo 8º ibídem).

A su vez, como fue señalado en la Sentencia C-295 de 2.002 (MP: Álvaro Tafur Galvis) corresponde a la Sala Administrativa de los Consejos Superior o Seccionales de la Judicatura, según sea el caso, emitir un concepto sobre tales solicitudes de traslado, para lo que deberán tener en cuenta, como indica el artículo 10º del Acuerdo 1581 de 2.002, entre otros aspectos, los que a continuación se mencionan:

- “El diagnóstico clínico sobre las condiciones de salud en que se encuentre el servidor judicial o su familiar, expedido por el médico tratante de la EPS o refrendado por ésta o, por la ARP, cuando sea el caso, en el cual se recomiende el traslado.

- La certificación de vacancia definitiva en el cargo a proveer, expedida por la Dirección Ejecutiva o Seccional de la Administración Judicial.

- El consentimiento expreso del servidor judicial, aceptando la sede donde prestará sus servicios.”

4.3. Así las cosas, tratándose de Jueces de la República, las peticiones de traslado deben ser estudiadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, entidad que debe valorar, cuando las solicitudes sean por razones de salud, documentos tales como los dictámenes médicos que acreditan el problema de salud del funcionario o de sus familiares, la existencia del certificado de vacancia definitiva del cargo al que se pretende el traslado, y la manifestación expresa del deseo del funcionario de ser trasladado a la plaza que se encuentra vacante.

El concepto favorable emitido no es vinculante, pues la decisión final sobre quién ocupara el cargo vacante compete al ente nominador. Sin embargo, sin el aludido concepto, la hoja de vida del funcionario que solicita el traslado no podrá ser valorada por el ente nominador.

4.4. En relación con la elaboración de los listados de elegibles, como fue indicado en la Sentencia T-488 de 2004 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), estos son conformados por las Salas Administrativas de los Consejos Superior o Seccionales de la Judicatura, dependiendo del tipo de cargo del que se trate, con las personas que han superado el concurso de méritos previsto por el artículo 164 de la Ley 270 de 1996, y de conformidad con los puntajes obtenidos en el proceso de selección, las sedes territoriales para las que han optado y sus respectivas especialidades.

Cuando se presenta una vacante definitiva en un cargo, el correspondiente ente nominador debe comunicar tal situación a las Salas Administrativas del Consejo Superior o Seccionales de la Judicatura para que éstas, a más tardar dentro de los tres días siguientes, informen los aspirantes que de acuerdo con el Registro de Elegibles, pueden ocupar el cargo y han optado por la sede territorial en la que se encuentra la vacante. Recibida dicha información, el ente nominador debe realizar el nombramiento del primero de la lista dentro de los diez días siguientes (artículo 167 de la Ley 270 de 1.996).

Estos son los parámetros generales que rigen los sistemas de provisión de vacantes de carrera con funcionarios que solicitan su traslado por razones de salud y con listados de elegibles. Corresponde ahora a la Sala ocuparse de las reglas que deben seguirse cuando estos dos sistemas concurren.

En la Sentencia T-488 de 2.004 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), esta Corporación afirmó, acogiendo la interpretación efectuada por la Corte en la Sentencia C-295 de 2.002 (MP: Álvaro Tafur Galvis) del numeral tercero del artículo 1º de la Ley 771 de 2.002, que cuando concurren una solicitud de traslado horizontal y un listado de elegibles, la elección de quién debe ocupar la vacante debe hacerse atendiendo al mérito y a las calidades de los aspirantes, cuyas hojas de vida deben ser cotejadas. En esta ocasión se afirmó:

“Es así como, en concordancia con la sentencia C-295 de 2.002 de esta Corporación, cuando un ente nominador debe elegir entre un servidor que solicita su traslado y el aspirante que ocupa el primer lugar en el listado de candidatos conformado para proveer una misma vacante¹⁶, éste tiene la obligación de cotejar las hojas de vida de las dos personas¹⁷, previo concepto favorable de la respectiva Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, dependiendo del tipo de cargo,¹⁸ en el caso de la solicitud de traslado.

Además, para realizar esta comparación, es necesario que el ente nominador evalúe el mérito y las calidades profesionales, tanto en el ingreso a la carrera, como en el desempeño de las funciones asignadas (tratándose de los servidores que desean ser trasladados), para que con base en estos criterios objetivos elija al mejor candidato para ocupar el cargo.

En resumen, en tanto el mérito es el único criterio que debe regir el ingreso, la permanencia y el ascenso en la carrera judicial, es con base en éste, exclusivamente, que las entidades nominadoras deben elegir a los servidores que ocuparán las vacantes que surjan en sus

respectivas jurisdicciones, sin importar el sistema o sistemas que se empleen para la provisión de los cargos.”

4.5. No obstante, este Tribunal ha considerado que esta regla encuentra su excepción en materia de traslados por razones de salud al considerarse que, en estos casos, es necesario ponderar el derecho a la salud y la vida del funcionario o de sus familiares frente al derecho a acceder a cargos públicos en igualdad de condiciones. Al respecto Esta Corporación sostuvo:19

“(…) cuando se presenta un enfrentamiento entre un funcionario de carrera que solicita su traslado por razones de salud y el primer candidato del listado de elegibles elaborado para proveer la misma vacante, no basta con una ponderación de las calidades y méritos de uno y otro, sino que el ente nominador debe también tener en cuenta la situación fáctica en la que se encuentra quién solicita el traslado por razones de salud, en tanto en la hipótesis bajo estudio no sólo está en juego la protección del derecho a acceder a cargos públicos en igualdad de oportunidades, sino también la del derecho a la salud e incluso, a la vida del funcionario y sus familiares.”

4.6. En este orden de ideas, cuando un ente nominador debe elegir entre el candidato que ocupa el primer lugar en el listado de elegibles elaborado para la provisión de una vacante determinada, y un funcionario que solicita su traslado al mismo cargo por razones de salud, debe ponderar no sólo los méritos y calidades de uno y otro, sino también la situación fáctica en que se encuentran este último y sus familiares.

5. Solución del caso concreto.

5.1. La ciudadana Inés Adelina Robles de Mcswain, mediante apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa - por considerar que esta entidad vulneró sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al acceso a cargos públicos, al proveer la vacante de magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, previamente solicitada por ella, ordenando el traslado horizontal de un magistrado de Pasto a Bolívar, por razones relacionadas con la salud de su hija menor de edad, pese a que la accionante ocupaba el primer lugar en la lista de elegibles.

5.2. Por su parte, tanto el Director de la Unidad de Administración de la Carrera Judicial de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura como el magistrado trasladado, Iván Eduardo Latorre Gamboa, consideran que se siguió el procedimiento establecido por el Acuerdo 4536 de febrero 08 de 2008 para realizar el traslado por razones de salud. Así mismo, señalan que los dictámenes médicos presentados por el funcionario, en relación con la enfermedad degenerativa de su hija menor, mostraron con claridad y contundencia la necesidad de realizar el traslado solicitado.

De otra parte, el doctor Latorre Gamboa manifestó que no existe vulneración del derecho al debido proceso de la accionante porque “(...) recientemente existieron vacantes en Cali (2), Pereira y Quibdó y no optó (sic) a ellas.”

Con todo, el Consejo Superior de la Judicatura le ha ofrecido a la tutelante posibilidades de posesionarse en otras sedes. Por ejemplo, la nombró en propiedad como Magistrada de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Caquetá,²⁰ alternativa que la peticionaria afirma, se vio “forzada” a aceptar, ante la inminente pérdida de vigencia de la lista de Elegibles en la cual ocupa el primer lugar.²¹ Así mismo, la actora manifiesta que trasladarse a Caquetá implicaría la desintegración de su familia y un riesgo potencial en su seguridad. En tal sentido sostuvo: “(...) mi núcleo familiar se encuentra radicado en la ciudad de Barranquilla y está constituido por mi esposo y mi hijo, ambos de nacionalidad norteamericana que por lo mismo no pueden trasladarse a Caquetá por ser región considerada por la Embajada norteamericana y nuestro gobierno nacional de alto riesgo. Por tal motivo, la suscrita también corre peligro ante dicha circunstancia, en razón de mi vínculo matrimonial, por el cual llevo el apellido de mi cónyuge (...) Además, el desempeño de mis funciones como Magistrada Administrativa, en la ciudad de Florencia, que no se ha hecho efectivo, conllevaría una inevitable división de mi núcleo familiar (...)”. ²²

5.3. De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala de Revisión verificará si, en el caso concreto, procede el amparo constitucional reclamado por la accionante. Para ello, la Sala (i) se remitirá al proceso que surtió el Consejo Superior de la Judicatura para el traslado horizontal del magistrado Iván Eduardo Latorre Gamboa, con base en la normatividad que rige este tipo de actos; (ii) analizará si la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ponderó adecuadamente los méritos y calidades de la accionante y del funcionario que solicitó el traslado y la situación de salud en que se encuentran la hija de este último y

(iii) con fundamento en lo anterior, se establecerá si con el traslado del magistrado Iván Eduardo Latorre Gamboa se vulneraron los derechos constitucionales de la actora, reclamados en la acción de tutela.

Proceso surtido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el traslado horizontal de un magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño al cargo vacante, de magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar.

5.5. El 02 de junio de 2009, el doctor Iván Eduardo Latorre Gamboa solicitó por escrito²⁴ a la Unidad de Administración de Carrera Judicial su traslado en razón del estado de salud de su hija de doce años que padece una enfermedad degenerativa. Esta solicitud fue acompañada de los certificados de nacimiento, afiliación de la menor a la EPS Saludcoop, y de los conceptos emitidos por los médicos tratantes de la menor,²⁵ cumpliendo plenamente con los requisitos establecidos en el Acuerdo 1581 de 2.002 para la presentación de la solicitud de traslado (Art. 8°).

5.6. El 17 de junio de 2009, la Unidad de Administración de Carrera Judicial, mediante memorando dirigido al presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, presentó la solicitud de traslado del señor Iván Eduardo Latorre exponiendo las siguientes consideraciones:

“Según el concepto médico de mayo 28 de 2009, expedido por el doctor Ernesto Auza, médico fisiatra de la IPS Saludcoop de Santander, Clínica Bucaramanga, adscrita a la EPS Saludcoop la niña Milvana Katherine, es

“Paciente con antecedentes por presentar debilidad generalizada y dificultad para marcha. Su déficit progreso hasta requerir silla de ruedas para sus traslados y en la actualidad está presentando escoliosis de origen neurogénico.

Su cuadro clínico y los estudios pertinentes llevaron al diagnóstico de Atrofia Muscular Espinal Tipo IIB. Esta enfermedad se caracteriza por debilidad de todos los grupos musculares, de carácter progresivo e irreversible. Se trata de un trastorno genético autonómico recesivo con una frecuencia de uno en 20.000 nacidos vivos y hasta la fecha no se conoce un tratamiento que modifique el curso.

El tratamiento consiste en programas de rehabilitación integral que incluyen fisioterapia, apoyo escolar, terapia ocupacional y recientemente se ha incorporado la hidroterapia que ha mostrado resultados favorables en estas patologías y la cual recomienda en Milvana dada su gran debilidad y el sobrepeso que presenta.

Por su debilidad en los músculos respiratorios y ahora por su escoliosis la ventilación pulmonar es difícil, razón por la que se recomienda que viva en ciudades cuya altura sea cercana al nivel del mar donde la concentración de oxígeno es superior.

El curso progresivo de la enfermedad hace prever que en el futuro, sea necesario adoptar ayudas ortopédicas adicionales, posibles procedimientos quirúrgicos e incluso apoyo ventilatorio”.

No obstante, que el médico tratante que registra el diagnóstico antes citado, no indica recomendaciones particulares con la reubicación del doctor Latorre Gamboa, por no tratarse de una enfermedad que lo afecte directamente a él; en aras de permitir la salvaguarda en condiciones dignas y justas, la salud en conexidad con la vida de su descendiente, se considera razonable su petición de ser trasladado a un cargo que se encuentre definitivamente vacante, de modo que le permita apoyar el tratamiento y control para mejorar la salud y atención adecuada para la enfermedad de su pequeña hija, sin detrimento del cumplimiento de sus funciones judiciales.

De otra parte, verificada la información que reposa en la Unidad de Administración de la Carrera Judicial, tenemos que el doctor Latorre Gamboa, se encuentra vinculado a la Rama Judicial en el cargo de magistrado de Sala Administrativa de Consejo Seccional, desde el 26 de enero de 2007.

La Vinculación en propiedad al cargo que desempeña actualmente el doctor Latorre Gamboa, se hizo efectiva, en virtud de su participación en el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo No 1547 de 2002, y sus últimos puntajes clasificatorios fueron los siguientes:

Prueba de conocimiento

Entrevista

Experiencia adicional

Capacitación

Total

524.23

68.75

150.00

0.00

742.98

En tales condiciones, tratándose de una solicitud de traslado por razones de salud, la Unidad considera que en el presente caso, se cumplen los presupuestos determinados para la procedencia de este tipo de traslados.

Con fundamento en lo expuesto, esta Dirección considera que se dan los elementos necesarios para dar concepto favorable de la solicitud de traslado (...)"

5.7. Finalmente, el 25 de junio de 2009, el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa - en Sesión Ordinaria de Decisión y de Deliberación,²⁶ conoció la relación de aspirantes y el proyecto de lista de candidatos para proveer el cargo de Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura y acogió el concepto presentado por la Unidad de Administración de Carrera Judicial de trasladar al funcionario Iván Eduardo Latorre por razones de salud, de la sede de Pasto a la sede de Bolívar.

5.8. De lo expuesto se colige que: (i) al momento de solicitar el traslado el doctor Iván Eduardo Latorre Gamboa, esto es, el 2 de junio de 2009, se encontraba vacante el cargo de magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura; (ii) el doctor Iván Eduardo Latorre Gamboa presentó por escrito la solicitud de traslado acompañada de los dictámenes médicos que fundamentaron su petición; (iii) el magistrado prestó su consentimiento para ser trasladado a la Sede de Bolívar y (iv) la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura tuvo en cuenta la enfermedad de la hija menor de edad, del funcionario para apoyar el traslado solicitado.

Sobre este último punto cabe precisar que el concepto de la Unidad de Administración de Carrera Judicial, acogido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, concluyó que era razonable el traslado del doctor Iván Eduardo Latorre Gamboa por las siguientes razones: (i) la sede solicitada por éste se encontraba vacante; (ii) el traslado del funcionario permite apoyar el tratamiento y control de la enfermedad que padece su hija menor de edad; (iii) el traslado podía darse sin detrimento del cumplimiento de las funciones judiciales que desempeñaba el magistrado; (iv) el doctor Iván Eduardo Latorre cuenta con los méritos para ser trasladado en razón al tiempo que lleva vinculado a la Rama Judicial y al puntaje obtenido en el concurso de méritos que le permitió acceder al cargo que en la actualidad ocupa y (v) el traslado se consideró viable en aras de proteger la salud en conexidad con la vida de la hija menor de edad del magistrado.²⁷

5.9. Cabe señalar que de conformidad con el mandato contenido en la Constitución de 1.991 (Art. 44) y los tratados internacionales²⁸ sobre la materia, el derecho a la salud de los niños y las niñas es fundamental y su amparo es reforzado.

Así mismo, la Corte Constitucional ha afirmado que niños y niñas son merecedores de tratamiento especial, prioritario y privilegiado.²⁹ En efecto, según fallo T-391 de 2.009 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto) “la fundamentalidad de los derechos de los menores configura un tratamiento privilegiado o de primacía de sus derechos sobre los de las demás personas” situación de la que se deriva el principio pro infans, en virtud del cual cuando se presenten conflictos entre derechos o sea necesario coordinar éstos, debe conferirse prioridad, prima facie, a los intereses de los menores.

De otra parte, ha señalado esta Corporación que existe una protección constitucional reforzada con respecto a niñas y niños cuando sufren alguna clase de discapacidad, la cual tiene fundamento en los artículos 13 y 47 de la Constitución. Dichas cláusulas generan para el Estado y sus diferentes entidades una obligación correlativa de implementar un trato favorable a aquéllos, es decir de realizar acciones afirmativas que permitan garantizar la ayuda efectiva para los menores que se encuentran en situación de desventaja.

De conformidad con lo anterior, considera la Sala Primera de Revisión que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura de trasladar al doctor Iván Eduardo Latorre Gamboa, de la sede de Pasto a la sede Bolívar, resulta razonable y adecuada, principalmente, en aras de

proteger la salud en conexidad con la vida y la dignidad de su hija menor de edad, teniendo en cuenta que la menor sufre de una enfermedad degenerativa que la sitúa en una condición especial de vulnerabilidad, que es una persona que tiene una protección constitucional reforzada y que según concepto de su psicóloga tratante es necesario que enfrente esta condición apoyada en el afecto y compañía de su padre.

5.10. Ahora bien, respecto a la supuesta vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso, a la igualdad, y al acceso a cargos públicos, que la accionante considera que se desconocieron en su caso, por no permitirle escoger la sede de su preferencia, la Sala Primera de Revisión advierte que no existe tal vulneración, por las siguientes razones:

(i) La accionante contó con la posibilidad de concursar para ocupar el cargo de magistrado de la Sala Administrativa de los Consejos Seccionales, según los términos del Acuerdo No 1547 de 2.002 de septiembre 17 de 2002 “por medio del cual se convoca al X concurso de Méritos para la provisión de Cargos de Carrera de la Rama Judicial.” En el punto 4.2. de tal Acuerdo, Fase III. Clasificación, numeral 8. Opción de sedes, se lee: “El concursante que obtenga mayor puntaje tendrá la primera opción para elegir entre las vacantes existentes o que se presenten, lo cual deberá informar a la Unidad de Administración de la Carrera Judicial, dentro de los tres días siguientes al recibo de la comunicación de la existencia de las mismas por parte de dicha Unidad. Si no se produce la respuesta en el tiempo indicado se entenderá declinado el turno.”

En el caso concreto, no se presenta el supuesto de haberle dado preferencia a un candidato de la lista que se encontraba en un puesto inferior al ocupado por la accionante, situación que, en principio, sí conllevaría a la vulneración de los derechos fundamentales de quien ocupa el primer lugar en la lista de elegibles. Por el contrario se está frente a una situación donde el ente nominador debió elegir entre una candidata que por sus méritos y calidades ocupaba el primer lugar en el listado de elegibles, y ejerció su opción para elegir una sede de su preferencia entre las vacantes existentes y un magistrado que solicita un traslado horizontal al mismo cargo por razones de salud de su hija menor de edad, quien como se expuso, es sujeto de especial protección constitucional. Lo anterior, sustentado en que, aun cuando por regla general el mérito es el único criterio que debe regir el ingreso, la permanencia y el ascenso en la carrera judicial, esta regla encuentra su excepción en materia de traslados por razones de salud, entre otros, al considerarse que en estos casos, es

necesario ponderar el derecho a la salud y la vida del funcionario o de sus familiares frente al derecho a acceder a cargos públicos, máxime si se trata como en esta ocasión, de proteger el interés superior de una menor de edad.

(ii) La tutelante pudo acceder efectivamente al cargo para el cual concursó siendo designada como Magistrada de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el Departamento del Caquetá,³⁰ y aunque había ejercido su opción de elegir entre las vacantes que se presentaron, una sede distinta, es claro que las condiciones del Concurso no garantizaban que el cargo pudiera ocuparse en una sede territorial determinada.³¹

(iii) El traslado horizontal del magistrado Iván Eduardo Latorre Gamboa a la sede de Bolívar obedece a razones objetivas tal como se expuso en el aparte 5.8 de esta providencia.

Finalmente, el nombramiento de la doctora Inés Adelina Robles como magistrada del Consejo Superior de la Judicatura del Caquetá se da sin perjuicio de su derecho a solicitar en el futuro un traslado, por las razones establecidas en el artículo primero 1° de la Ley 771 de 2002.

En este orden de ideas, esta Corporación (i) revocará el fallo proferido en segunda instancia por el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria -, el veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009), que negó por improcedente la acción de tutela instaurada por Inés Adelina Robles de Mcswain contra el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa – al no haberse probado la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que la tutela resulta procedente pero no tiene vocación de prosperidad por las consideraciones expuestas en esta providencia, pues no se vulneraron por el Consejo Superior de la Judicatura los derechos invocados y (ii) revocará el fallo proferido en primera instancia, por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca – Sala Jurisdiccional Disciplinaria – el veintiocho (28) de agosto de dos mil nueve (2009) que ordenó “repetir el procedimiento para el nombramiento en propiedad de Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar” en tanto, como se expuso, no se vulneraron los derechos al debido proceso, a la igualdad y al acceso a cargos públicos de la accionante.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR los fallos proferidos, en segunda instancia, por el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Jurisdiccional Disciplinaria -, el veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009) y en primera instancia, por el Consejo Superior de la Judicatura de Cundinamarca - Sala Jurisdiccional Disciplinaria - el veintiocho (28) de agosto de dos mil nueve (2009), contra el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo.- NEGAR la protección de los derechos invocados por la señora Inés Adelina Robles de Mcswain al debido proceso, a la igualdad y al acceso a cargos públicos, dentro de la acción de tutela instaurada contra el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, por las consideraciones expuestas en esta providencia.

Tercero.- Líbrense por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí establecidos.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 El expediente consta de 5 cuadernos. Salvo que se diga expresamente lo contrario los folios a que se haga referencia en esta providencia pertenecen al Cuaderno contentivo de la acción de tutela.

2 Acuerdo No 1547 de 2.002. Folio 101.

3 “(...) La funcionaria puso en conocimiento los críticos y recurrentes episodios de comportamiento de su esposo que afectaron emocionalmente a los dos jóvenes hijos del matrimonio, y a ella misma, física y psicológicamente, al verse obligada a viajar cada fin de semana desde Quibdo a Medellín, los días viernes al medio día por vía terrestre, previo permiso de la Presidencial del Consejo Seccional.” Folios 2 y 3. Según los dictámenes médicos allegados, la funcionaria padece de trastorno bipolar y recurrentes crisis depresivas, que se agudizan al encontrarse lejos de su núcleo familiar.

4 Al respecto, en el escrito de tutela el apoderado de la accionante manifestó: “(...) obsérvese que en el caso de la magistrada ..., con estricta observancia de la norma reglamentaria transcrita, la Alta Corporación accionada adoptó la decisión de traslado, acogiendo la expresa recomendación del médico tratante, plasmada en el memorial evaluativo de la unidad (...)” Folio 15.

5 Las razones expuestas por el funcionario fueron las siguientes: “(...) mi hija padece de “Atrofia Espinal Progresiva tipo IIB” caracterizada por una debilidad muscular generalizada, que la llevó desde los cinco años a una silla de ruedas y, con el pasar de los años, a requerir cada vez más ayuda para sus actividades diarias (...)”. Desafortunadamente los pronósticos nos son nada adelantadores por tratarse de una enfermedad progresiva, y su manejo día tras día se hace más difícil por su crecimiento y la tendencia a la obesidad por la falta de ejercicio o más de la falta de tono muscular. La distancia y las dificultades de transporte entre las dos ciudades no han permitido que mi contacto con los niños sea el deseable entre un padre y sus hijos menores de edad. Frente a este panorama y existiendo un cargo vacante en la ciudad de Cartagena, considero una magnífica oportunidad el poder ubicarme allí”. Folios 5 y 6.

6 Expediente de tutela, cuaderno principal, Folio 50.

7 La menor tenía 12 años para la fecha de la solicitud, según se acredita en su historia

clínica y en el informe psicológico anexos al expediente (Folios 73 y 75).

8 En el informe la psicóloga Adriana E. Viña señala expresamente: “Desde hace algunos meses vengo trabajando con la Joven Milvana Latorre, realizando un proceso psicoterapéutico, con el objetivo de mejorar su calidad de vida, específicamente fortalecer aspectos básicos de su personalidad, ya que es una persona vulnerable a causa de la discapacidad física que es ocasionada por una enfermedad degenerativa, por la cual ha perdido sus movimientos (...). Estudiando el caso particular de Milvana es necesario que se refuerce la relación padre e hija ya que se deterioró a causa de su lejanía, es importante que se creen espacios donde renazca el amor entre ellos. Los padres son muy importantes para el desarrollo de sus hijos y especialmente cuando estos presentan enfermedades e incapacidades ya que es necesario anotar que la joven empieza una de las etapas más importantes del desarrollo que es la adolescencia (...). Por todo esto considero que la proximidad, unión y buena comunicación de su padre, le ayudará a mejorar emocionalmente dándole seguridad en si misma y favoreciendo su rehabilitación. Folios 77 y 78.

9 En el informe del médico fisiatra, Dr Ernesto Auza Gómez, se señala expresamente: “Por su debilidad en los músculos respiratorios y ahora por su escoliosis la ventilación pulmonar es precaria, razón por la cual se recomienda que viva en ciudades cuya altura sea cercana al nivel del mar donde la concentración de oxígeno es superior.” Folio 73.

10 La Magistrada Luz Helena Cristancho salvó su voto señalando que no se encontró probado el perjuicio irremediable que se aduce en el proyecto de fallo, para manifestar que la tutela es procedente como mecanismo transitorio. En consecuencia sostuvo: “(...) considero que se dan los requisitos de improcedencia de la acción consagrados en el numeral 1° del Decreto 2591 por cuanto le corresponde a la accionante, si así lo considera, acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la que perfectamente puede solicitar la suspensión provisional si a ello hubiere lugar.” Folio 212.

11 Al respecto señaló que la norma faculta a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para tener en cuenta entre otros aspectos para el otorgamiento del traslado, el diagnóstico clínico sobre las condiciones del servidor o su familia.

12 Respecto del perjuicio irremediable, esta Corporación ha indicado sus características de la siguiente manera: “En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder.

Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable". Corte Constitucional. Sentencia T-634 de 2006 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

13 Al respecto en la Sentencia T-720 de 2.005 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto) se sostuvo: "(...) para que la acción de tutela se torne improcedente no basta la mera existencia de otro medio de defensa judicial, es necesario igualmente precisar su eficacia para la protección de los derechos fundamentales, apreciación que en definitiva implica realizar un estudio analítico del mecanismo judicial "ordinario" previsto por ordenamiento jurídico en cuanto a su idoneidad para conseguir el propósito perseguido, esto hacer cesar la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales y, adicionalmente, realizar un estudio de las circunstancias del caso concreto en que se encuentra el solicitante."

14 Según la jurisprudencia de este Tribunal un medio de defensa judicial se considera idóneo cuando: (i) es suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho; (ii) es capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados y (iii) es sencillo, rápido y efectivo. Al respecto ver, entre otras, las sentencias: T-003 de 1992 (MP: Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz), T-006 de 1992 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz), T-287 de 1995 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz), T-037 de 1997 (MP: Hernando Herrera Vergara), SU-086 de 1999 (MP: José Gregorio Hernández Galindo), T-875 de 2001 (MP: Álvaro Tafur Galvis), T-968 de 2001 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-999 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-620 de 2002 (MP: Álvaro Tafur Galvis), T-179 de 2003 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), entre otras.

15 Corte Constitucional. Sentencia T-953 de 2004 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

16 Esta Corporación en numerosas ocasiones ha sostenido que cuando se emplea un listado de elegibles para proveer un cargo de carrera judicial, quien debe ser nombrado en la respectiva plaza es quien, de conformidad con los puntajes obtenidos en el concurso de méritos, ocupa el primer lugar. Ver entre otras sentencias: SU-136 de 1998 (MP: José Gregorio Hernández); T-388 de 1998 (MP: Fabio Morón Díaz) T-396 de 1998 (MP: Antonio Barrera Carbonell); SU-086 de 1999 (José Gregorio Hernández Galindo), SU-961 de 1999 (Vladimiro Naranjo Mesa), T-624 de 2000 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz), T-451 de 2001 (MP: Alfredo Beltrán Sierra); SU-613 de 2002 (MP: Eduardo Montealegre Lynett).

18 El párrafo primero del artículo 16 del Acuerdo 2581 de 2.002 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura dispone: “Cuando se trate de empleados cuyas sedes están adscritas a un mismo consejo seccional de la judicatura, la solicitud de traslado corresponde a la sala administrativa del consejo respectivo, emitir el concepto pertinente (sic)”. Por su parte, el párrafo segundo de esta misma norma establece: “Cuando se trate de empleados cuyas sedes estén adscritas a diferentes consejos seccionales de la judicatura, el concepto corresponde a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura”. Por último, el artículo 17 ibídem señala: “En los asuntos de competencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, presentada la solicitud, la Unidad de Carrera Judicial efectuará la evaluación respectiva y, si lo considera pertinente, podrá solicitar concepto a las salas administrativas de los consejos seccionales de la judicatura respectivos.”

19 Corte Constitucional: Sentencia T-953 de 2004 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

20 Resolución No PSAR10 - 14 de marzo 23 de 2010.

21 El apoderado de la accionante expresamente señaló: “(...) lo cierto que la alta Corporación accionada eligió a la doctora Inés Robles de Mcswain como Magistrada de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la judicatura de Caquetá, en el mes de abril del año que corre: pero dicha designación, cuya aceptación se vio forzada a manifestar, ante la inminente pérdida de vigencia de la Lista de Elegibles del Concurso de Méritos (...)” Folio 28, cuaderno 1.

22 Folio 72, Cuaderno 1.

23 Folio 13, Cuaderno 5.

24 El funcionario manifiesta en su escrito lo siguiente: “(...) mi hija padece de “Atrofia Espinal Progresiva tipo IIB” caracterizada por una debilidad muscular generalizada, que la llevó desde los cinco años a una silla de ruedas y, con el pasar de los años, a requerir cada vez más ayuda para sus actividades diarias (...)”. Desafortunadamente los pronósticos nos son nada adelantadores por tratarse de una enfermedad progresiva, y su manejo día tras día se hace más difícil por su crecimiento y la tendencia a la obesidad por la falta de ejercicio o más de la falta de tono muscular.” La distancia y las dificultades de transporte entre las dos ciudades no han permitido que mi contacto con los niños sea el deseable entre un padre y sus hijos menores de edad.” Folio 133, Cuaderno 5.

25 Folio 135, cuaderno 5.

26 En el acta de sesión se señala expresamente que: “El señor presidente informó que el Director de la Unidad de Carrera Judicial presentó a consideración de la Sala, la relación de aspirantes y el proyecto de Lista de Candidatos para proveer el cargo de Magistrado de Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar”. Folios 140 al 142, Cuaderno 5.

27 Folios 135 al 139, Cuaderno 5.

28 Tanto el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, como el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales - aprobados ambos por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968 -, incluyen disposiciones dedicadas de manera expresa a los derechos de los niños y de las niñas. La Convención Interamericana de Derechos Humanos, a su turno, también indica que niños y niñas tienen derechos de protección específicos. Así mismo, Colombia ratificó la Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los derechos del niño, que lo compromete como Estado a implantar “todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares” (art. 2º). El artículo tercero de esta Convención advierte “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá

será el interés superior del niño.”

29 “La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP. art. 13). Dentro del gasto público social. Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP. art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (CP. art. 44). Sentencia T-137 de 2006 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

30 Resolución No. PSAR10-140 del 23 de marzo 2010 “mediante la cual se hace nombramiento en propiedad.”

31 Acuerdo No 1547 del 17 septiembre de 2002 “Artículo Primero.- Convocar a los interesados en vincularse a la Rama Judicial en los cargos de Magistrado de Sala Administrativa de los Consejos Seccionales de la Judicatura, para que se inscriban en el Concurso de Méritos destinado a la conformación del correspondiente Registro Nacional de Elegibles.”