

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

ATP1653-2018

Radicación n.º 99916

Acta 270

Bogotá D. C., agosto dieciséis (16) de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

En razón del grado jurisdiccional de consulta conoce la Sala el pronunciamiento dictado el 29 de mayo de 2018, por cuyo medio la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, dentro del trámite incidental por desacato promovido por la ciudadana LUZ ÁNGELA GARZÓN HERNÁNDEZ, resolvió sancionar al Director de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General Germán López Guerrero, con dos (02) días de arresto y multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por haber incumplido las órdenes emitidas en el fallo de tutela del 26 de mayo de 2016 proferido por esa misma Corporación.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. De la revisión del expediente se establece que LUZ ÁNGELA GARZÓN HERNÁNDEZ, formuló acción de tutela contra la Dirección General de Sanidad Militar, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y la Unidad de Sanidad Militar de la 4ª Brigada de Medellín invocando el amparo a los derechos fundamentales a la vida digna y salud de su menor hijo

J.D.B.G.

Como pretensiones de su demanda, la actora solicitó: por un lado, que se ordene a las accionadas que «se le materialice de manera inmediata y sin más dilaciones a [su] hijo J.D.B.G., la entrega de la autorización [para] el examen de Prueba Molecular para Síndrome de X Frágil que le fue ordenado desde el [...] año 2015 y efectivamente autorizado por la Unidad de Sanidad Militar Bogotá»; y, de otra parte, que se brinde al menor J.D.B.G., atención integral en salud, es decir, «se le autoricen y practiquen todos los procedimientos, tratamientos, medicamentos, exámenes de laboratorio, citas con especialistas, cirugías» y lo que se requiera para el tratamiento de la patología de «retraso mental con deterioro del comportamiento» que padece.

2. De la petición de amparo conoció la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, autoridad que una vez agotado el procedimiento establecido en el Decreto 2591 de 1991, mediante fallo del 26 de mayo de 2016¹, resolvió:

«Primero: Conceder la tutela a los derechos fundamentales de la vida digna, la salud y la seguridad social del menor J.D.B.G.

Segundo: Ordenar al Director de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General Germán López Guerrero, o quien haga sus veces, que en el impostergable término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, se disponga lo necesario para que se autorice y realice el procedimiento médico Prueba Molecular para Síndrome de X Frágil al menor J.D.B.G.

Tercero. Ordenar a la Dirección de Sanidad del Ejército brindarle la atención médica integral que requiera el paciente con ocasión a la enfermedad de Retraso Mental No Especificado, siempre y cuando cumpla con las exigencias de ley [...]».

3. Contra la citada determinación no se interpuso impugnación, razón por la cual las

diligencias se enviaron para el trámite de revisión a la Corte Constitucional², autoridad que resolvió excluir el expediente por auto del 27 de septiembre de 2016³. Una vez la actuación retornó al Tribunal de origen, el 3 de abril de 2017 se dispuso el archivo correspondiente⁴.

4. Mediante escrito adiado el 23 de marzo de 2018⁵, la señora LUZ ÁNGELA GARZÓN HERNÁNDEZ informó que las entidades accionadas no han dado cumplimiento a las órdenes de tutela impartidas en favor de su menor hijo J.D.B.G., toda vez que «inicialmente se le practicó la prueba genética ordenada y exámenes y citas de control ordenadas en su momento, como resultado de ello se le ordenó a mi hijo con fecha del 21 de diciembre de 2017, cita de Evaluación y Manejo por Genética Pediátrica, sin que a la fecha se le haya autorizado la misma a pesar de ser indispensable para continuar con su proceso de tratamiento».

Por ello, solicitó que se diera inicio al trámite incidental por desacato en contra de la autoridad de sanidad militar demandada.

5. En atención a lo anterior, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en proveído fechado 19 de abril de 2018⁶, previo a dar apertura al incidente de desacato requirió al Director de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General Germán López Guerrero para que informara sobre las gestiones realizadas para el cumplimiento del fallo de amparo de fecha 26 de mayo de 2016. Requerimiento notificado personalmente al interesado, el 20 de abril de 2018⁷.

6. Seguidamente y como quiera que no se obtuvo respuesta por parte del funcionario responsable de acatar las órdenes de tutela, en auto del 2 de mayo de 2018⁸, conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, se ordenó la apertura del incidente de desacato en contra del Director de Sanidad del Ejército Nacional, concediéndole un término perentorio de tres (3) días, para que ejerciera sus derechos de contradicción y defensa. Dicha determinación fue notificada personalmente el 3 de mayo de 2018⁹.

7. Mediante constancias secretariales del 18 de abril¹⁰ y 23 de mayo¹¹ de 2018, se certificó que establecida comunicación telefónica con la señora LUZ ÁNGELA GARZÓN HERNÁNDEZ, ésta manifestó que «la entidad demandada continuaba sin acatar lo ordenado por el A quo, y continuaba sin ser autorizada la cita de evaluación y manejo de Genética Pediátrica ordenada por el médico».

En la fecha última citada, ingresaron las diligencias al Despacho del Magistrado Ponente para adoptar la decisión correspondiente.

DECISIÓN CONSULTADA

1. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, mediante proveído del 29 de mayo de 2018¹², sancionó al Director de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General Germán López Guerrero, con dos (02) días de arresto y multa de dos (02) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por haber incumplido las órdenes emitidas en el fallo de tutela del 26 de mayo de 2016 proferido por esa misma Corporación.

2. Realizó el Cuerpo Colegiado de primera instancia, un recuento de la actuación procesal surtida, y una vez efectuadas las consideraciones pertinentes en relación con la naturaleza jurídica del trámite incidental por desacato y las consecuencias que de él se derivan, sostuvo que en el caso concreto «la parte accionada a la fecha actual no ha dado cabal cumplimiento a la orden impartida por esta judicatura puesto que, como se observa a folios 141 y 154 del expediente, la accionante manifestó vía telefónica que la entidad obligada no le ha autorizado a su hijo la cita de evaluación y manejo de Genética Pediátrica requerida» agregando que lo anterior evidencia «una actitud pasiva y despreocupada de la entidad accionada frente a las necesidades que aquejan al paciente discapacitado, porque además de sus dichos, se tiene que la parte obligada no concurrió al presente trámite incidental a proporcionar las razones del denunciado desacato al fallo de tutela o como le corresponde, proceder con su cumplimiento».

PRONUNCIAMIENTO DE LA PARTE ACCIONADA

1. Con posterioridad a la emisión de la sanción por desacato, el Director de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General Germán López Guerrero, a través de Oficio n.º 20183391083731 adiado 8 de junio de 201813, solicitó la inaplicación de los correctivos impuestos en su contra, argumentando: (i) que el menor J.D.B.G., se encuentra activo en la base de datos del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y por ende puede recibir los servicios médicos que requiera para tratar sus padecimientos; (ii) que la Dirección de Sanidad del Ejército cumple funciones administrativas, en tanto que las competencias asistenciales están a cargo de los Establecimientos de Sanidad Militar; y, (iii) que en relación con la cita médica para Evaluación y Manejo por Genética Pediátrica, es pertinente destacar que:

«[E]l Establecimiento de Sanidad Militar de Medellín tramitó lo relativo a la autorización de servicios médicos que tenía pendiente el menor afectado.

Fue por ello que se diligenció y gestionó Orden No. 389965 de consulta especializada dirigida al Hospital Pablo Tobón Uribe a favor del menor J.D.B.G. para que se hiciera efectiva la valoración por genética pediátrica con Dx. Perturbación de la actividad y de la atención.

Consecuente a ello, el día ocho (08) de junio en horas de la mañana se estableció comunicación telefónica al número 3148263506 donde se le indicó a la señora LUZ ÁNGELA GARZÓN HERNÁNDEZ que ya estaba lista la autorización requerida para su hijo con las respectivas firmas y que al momento que lo desee puede acercarse al Establecimiento de Sanidad Militar a recoger la misma».

Finalmente, señaló (iv) que «con el fin de dar cumplimiento a la orden judicial en lo referente al tratamiento integral, se ha brindado todo lo requerido por la paciente en el Establecimiento de Sanidad Militar de Medellín, toda vez que son ellos los encargados de brindarle directamente el servicio de salud».

2. Según constancia secretarial del 18 de junio de 2018¹⁴ se certificó que en comunicación telefónica sostenida con la señora LUZ ÁNGELA GARZÓN HERNÁNDEZ ésta informó que «la entidad accionada sólo le dio un número telefónico para llamar al Hospital Pablo Tobón Uribe, donde le informaron que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, no ha pagado la cita de valoración por genética pediátrica, además de eso informa la accionante que lleva más de una semana llamando para que le asignen la cita y nunca contesta».

3. Mediante decisión del 5 de julio del año en curso, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia resolvió negativamente la solicitud de «inaplicación de la sanción» formulada por el Director de Sanidad del Ejército Nacional, tras concluir que «en este caso concreto no se verifica el efectivo acatamiento de lo ordenado en el fallo de tutela referido».

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Siendo competente esta Sala conforme a las previsiones establecidas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, a continuación resolverá la temática planteada al inicio de esta providencia.

2. Como punto de partida es oportuno destacar que la figura jurídica de la consulta a que hace referencia la norma previamente citada, está instituida como un medio de protección de los derechos de la persona a la que se sanciona, para lo cual se debe verificar si efectivamente ésta cumplió o no lo dispuesto por el Juez de tutela al amparar los derechos fundamentales, con el fin de evitar igualmente que tales decisiones queden en el terreno meramente teórico.

3. La jurisprudencia nacional tiene decantado que la sanción por desacato exige un examen de la conducta del presunto responsable, de modo que puede exonerarse de ella cuando a pesar del incumplimiento existe una fuerza mayor o razones que la justifiquen –las cuales deben estar plenamente acreditadas en el expediente– y que conduzcan al Juez de tutela a

la convicción de que no se está en presencia de un proceder caprichoso o arbitrario, dado que para efectos punitivos y por mandato constitucional y legal se encuentra proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

4. Ahora, la Corte Constitucional ha explicado que el incidente de desacato es un mecanismo sancionatorio que procura obtener de forma persuasiva el cumplimiento de la orden de tutela, pero no constituye un fin en sí mismo. En términos de ese alto Tribunal:

«Del texto subrayado –se refiere a la frase contenida en el inciso 2º del artículo 27 del decreto 2591 de 1991 que dice: El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia– se puede deducir que la finalidad del incidente de desacato no es la imposición de la sanción en sí misma, sino la sanción como una de las formas de búsqueda del cumplimiento de la sentencia. Al ser así, el accionante que inicia el incidente de desacato se ve afectado con los resultados del incidente puesto que éste es un medio para que se cumpla el fallo que lo favoreció.

Segundo, la imposición o no de una sanción dentro del incidente puede implicar que el accionado se persuada o no del cumplimiento de una sentencia. En efecto, en caso de que se inicie el incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desatado lo ordenado por el juez de tutela, quiera evitar la sanción, deberá acatar la sentencia.

En caso de que se haya adelantado todo el trámite y resuelto sancionar por desacato, para que la sanción no se haga efectiva, el reuente a cumplir podrá evitar ser sancionado acatando. Al contrario, si el accionado no acepta la existencia de desacato y el juez, por incorrecta apreciación fáctica, determina que éste no existió, se desdibujará uno de los medios de persuasión con el que contaba el accionado para que se respetara su derecho fundamental. Al tener un carácter persuasivo, el incidente de desacato sí puede influir en la efectiva protección de los derechos fundamentales del accionante y en esa medida existiría legitimación para pedir la garantía del debido proceso a través de tutela».

(C.C.S.T-421/2003).

5. Expuestas las anteriores consideraciones, una vez analizados los elementos de convicción allegados al presente trámite incidental, desde ahora la Sala anuncia que confirmará la decisión consultada, pues como de manera acertada lo concluyó el Tribunal a quo, en el presente caso, se hallan estructurados los elementos objetivo y subjetivo que gobiernan la imposición de los correctivos contemplados en el trámite incidental de desacato regulado en el Decreto 2591 de 1991, por las siguientes razones:

5.1. En primer lugar, debe recordarse que el fallo de tutela, cuyo incumplimiento pregona la actora LUZ ÁNGELA GARZÓN HERNÁNDEZ, fue proferido el 26 de mayo de 2016¹⁵, y en la parte resolutive, fue claro el Tribunal de primera instancia al ordenarle a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional: por un lado, que «en el impostergable término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, se disponga lo necesario para que se autorice y realice el procedimiento médico Prueba Molecular para Síndrome de X Frágil al menor J.D.B.G.» y, de otra parte, que brinde «la atención médica integral que requiera el paciente con ocasión a la enfermedad de Retraso Mental No Especificado, siempre y cuando cumpla con las exigencias de ley [...]».

5.2. En segundo lugar, en relación con la queja de la parte accionante, en el decurso de este trámite, el Director de Sanidad del Ejército Nacional acreditó únicamente que el 7 de junio de 2018 se expidió la Orden de Servicios n.º 38996516 autorizando la consulta especializada de «Genética Pediátrica» para que el menor J.D.B.G. sea atendido en el Hospital Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín.

No obstante, en relación con la realización efectiva de la cita correspondiente, no aportó prueba de ninguna clase, por el contrario, existe constancia del 18 de junio de 2018¹⁷, en la que la accionante manifestó que recibió información del aludido Centro Hospitalario indicándole que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional no ha efectuado el pago del

valor de la consulta especializada en comento, circunstancia por la cual la misma no se ha llevado a cabo.

En relación con lo anterior, es oportuno destacar que de acuerdo con la Corte Constitucional las contingencias de tipo administrativas no pueden ser barreras infranqueables para los usuarios de los servicios médicos y, menos aún, cuando están comprometidos –como ocurre en el caso sub lite– los derechos de un menor de edad. Al respecto ha dicho ese alto Tribunal:

«2.6. Ya en reiteradas ocasiones, esta Corporación se ha referido a la inoponibilidad de irregularidades administrativas frente a los usuarios de los servicios médicos, señalando que estas no pueden constituir una barrera para el disfrute de los derechos de una persona. En tal sentido, el vencimiento de un contrato con una IPS, o la demora en la iniciación del mismo para atender una patología específica, resultan afirmaciones inexcusables de las Entidades Prestadoras de Salud que riñen con los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución y con la función estatal de protección a la salud (art. 49 C.P.).

2.7. Las demoras ocasionadas por estos factores o el hecho de diferir tratamientos o procedimientos recomendados por el médico tratante sin razón aparente, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y mental de los pacientes, mereciendo mayor reproche si se trata de órdenes emitidas por un profesional adscrito a la entidad, pues los afiliados, aún bajo la confianza de la aptitud de estas prescripciones institucionales, deben someterse a esperas indeterminadas que culminan muchas veces por distorsionar y diluir el objetivo de la recomendación originalmente indicada, como quiera que el mismo paso del tiempo puede modificar sustancialmente el estado del enfermo, su diagnóstico y consecuente manejo.

2.8. En síntesis, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una gestión diligente, una EPS demora un tratamiento o procedimiento médico al cual la

persona tiene derecho, viola su derecho a la salud e impide su efectiva recuperación física y emocional, pues los conflictos contractuales que puedan presentarse entre las distintas entidades o al interior de la propia empresa como consecuencia de la ineficiencia o de la falta de planeación de estas, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y clausura óptima de los servicios médicos prescritos» (Cfr. C.C.S.T-234/2013).

5.3. En tercer lugar, las circunstancias previamente descritas dan cuenta de un proceder negligente por parte de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, toda vez que ésta, de conformidad con las reglas consagradas en la Ley 352 de 1997¹⁸, tiene a su cargo el ejercicio «bajo la orientación y control de la Dirección General de Sanidad Militar» (Art. 11) de las funciones asignadas a ésta, las cuales, de conformidad con el artículo 10 del citado estatuto legal, se concretan a las siguientes:

«Artículo 10. Funciones. La Dirección General de Sanidad Militar tendrá a su cargo las siguientes funciones respecto del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares:

- a) Dirigir la operación y el funcionamiento del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares con sujeción a las directrices trazadas por el CSSMP;
- b) Administrar el fondo-cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares;
- c) Recaudar las cotizaciones a cargo de los afiliados al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, así como el aporte patronal a cargo del Estado de que trata el artículo 32 y recibir los demás ingresos contemplados en el artículo 34 de la presente Ley;
- d) Organizar un sistema de información al interior del Subsistema, de conformidad con las disposiciones dictadas por el Ministerio de Salud, que contenga, entre otros aspectos, el censo de afiliados y beneficiarios, sus características socio-económicas, su estado de salud y registrar la afiliación del personal que pertenezca al Subsistema;

- e) Elaborar y presentar a consideración del Comité de Salud de las Fuerzas Militares y del CSSMP el programa general de administración, transferencia interna y aplicación de recursos para el Subsistema;
- f) Evaluar sistemáticamente la calidad, eficiencia y equidad de los servicios directos y contratados prestados por el Subsistema;
- g) Organizar e implementar los sistemas de control de costos del Subsistema;
- h) Elaborar los estudios y las propuestas que requiera el CSSMP o el Ministro de Defensa Nacional;
- i) Elaborar y someter a consideración del Comité de Salud de las Fuerzas Militares y del CSSMP el Plan de Servicios de Sanidad Militar con sujeción a los recursos disponibles para la prestación del servicio de salud en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares;
- j) <Literal INEXEQUIBLE>
- k) Elaborar el anteproyecto del presupuesto de inversión y funcionamiento para el servicio de salud operacional y asistencial del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares para consideración del Comité de Salud de las Fuerzas Militares y posterior aprobación del CSSMP;
- l) Realizar el seguimiento del presupuesto y evaluar la relación costo-efectividad de la utilización de los recursos del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares;
- m) Recomendar los regímenes de referencia y contrarreferencia para su adopción por parte del CSSMP;
- n) Gestionar recursos adicionales para optimizar el servicio de salud en las Fuerzas Militares;

o) Las demás que le asigne la ley o los reglamentos».

Sumando a lo anterior, el artículo 14 de la Ley 352 de 1997, prevé que:

«El Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea serán las encargadas de prestar los servicios de salud en todos los niveles de atención a los afiliados y beneficiarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, a través de las unidades propias de cada una de las Fuerzas Militares o mediante la contratación de instituciones prestadoras de servicios de salud y profesionales habilitados, de conformidad con los planes, políticas, parámetros y lineamientos establecidos por el CSSMP.

Parágrafo. En los establecimientos de sanidad militar se prestará el servicio de salud asistencial a todos los afiliados y beneficiarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares contemplados en los artículos 19 y 20 de la presente Ley, en los términos y condiciones que determine el Comité de Salud de las Fuerzas Militares».

5.4. En cuarto lugar, reitera la Sala, no existe en el expediente una explicación válida que exima al Director de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General Germán López Guerrero de la sanción impuesta, toda vez que, pese al considerable lapso que ha transcurrido desde que se dictó el fallo de tutela (26 de mayo de 2016), aquél sigue sustrayéndose del cumplimiento de suministrar al menor J.D.B.G., la atención médica integral para el tratamiento de la patología de «retraso mental no especificado» que lo aqueja, tal y como fue ordenado por el Juez Constitucional.

6. Así las cosas, como se anunció previamente, se confirmará el pronunciamiento dictado el 29 de mayo de 2018 emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, por cuanto se cumplen los presupuestos objetivos y subjetivos, requisitos sine qua non para imponer sanción por desacato.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión Penal de Tutelas

n°. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CONFIRMAR el proveído del 29 de mayo de 2018 por medio del cual, en el marco del trámite incidental por desacato promovido por la ciudadana LUZ ÁNGELA GARZÓN HERNÁNDEZ, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia sancionó al Director de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General Germán López Guerrero, con dos (02) días de arresto y multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por las razones expuestas en la parte considerativa.
2. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con lo previsto en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.
3. DEVOLVER el expediente a la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Antioquia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Ver folios 89 a 93 del Cuaderno Original Principal de Tutela de Primera Instancia.

- 2 Ver folio 110. Ibídem.
- 3 Ver folio 113. Ibídem.
- 4 Ver folio 114. Ibídem.
- 5 Ver folios 115 a 116. Ibídem.
- 6 Ver folio 142. Ibídem.
- 7 Ver folio 142. Ibídem.
- 8 Ver folio 148. Ibídem.
- 9 Ver folio 151 a 153. Ibídem.
- 10 Ver folio 141. Ibídem.
- 11 Ver folio 154. Ibídem.
- 12 Ver folios 155 a 158. Ibídem.
- 13 Ver folios 168 a 172. Ibídem.
- 14 Ver folio 174. Ibídem.
- 15 Ver folios 89 a 93. Ibídem.
- 16 Cfr. Folio 173. Ibídem.
- 17 Cfr. Folio 174. Ibídem.
- 18 «Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones

en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional».