

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado ponente

ATP2046-2018

Radicación N° 101261

Aprobado acta No. 366

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

I. ASUNTO

Decidir lo pertinente en relación con la consulta sobre el incidente de desacato promovido por Nazareno Gustín Santacruz, en calidad de agente oficioso de Jairo Matías Yojanes Rivera Bastidas, contra la Dirección de Sanidad Militar del Ejército Nacional, que culminó con providencia del 28 de septiembre del año en curso emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, mediante la cual sancionó a María Cristina Daza Mora, con 5 días de arresto y multa de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por incumplimiento al fallo de tutela emitido el 24 de noviembre de 2017.

II. ANTECEDENTES

De la información que obra en la actuación se tiene conocimiento de lo siguiente:

1. Nazareno Gustín Santacruz, acudió a la acción de tutela en protección de los derechos fundamentales de su hijo Jairo Matías Yojanes Rivera Bastidas, con el fin de que la Dirección de Sanidad Militar del Ejército Nacional le otorgara los servicios y necesidades médicas que requiere, para solventar el manejo de las distintas patologías que presenta el infante, dada su discapacidad denominada «parálisis cerebral espástica – discapacidad crónica grave».

2. Mediante sentencia del 24 de noviembre de 2017, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto tuteló los derechos invocados. Consecuente con ello resolvió:

(...)

“Segundo.- Ordenar al ESTABLECIMIENTO DE SANIDAD MILITAR N° 3007 adscrito al BATALLÓN DE INFANTERÍA N° 9 “BATALLA DE BOYACÁ”, para que en el término de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS contadas a partir de la notificación de este proveído, proceda a entregar los insumos consistentes en pañales desechables, pañitos húmedos y crema humectante, en la cantidad que determine el médico tratante, así mismo un colchón y un cojín antiescaras, a favor del menor JAIRO MATÍAS YOJANES RIVERA BASTIDAS.

Tercero- Ordenar al ESTABLECIMIENTO DE SANIDAD MILITAR N° 3007 adscrito al BATALLÓN DE INFANTERÍA N° 9 “BATALLA DE BOYACÁ”, para que en el término de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS contadas a partir de la notificación de este proveído, proceda a adelantar las gestiones que sean necesarias para autorizar la práctica de las sesiones de las diferentes terapias formuladas al menor JAIRO MATÍAS YOJANES RIVERA BASTIDAS, con las especialidades de Fisiatría, Ocupacional, de Lenguaje, Fisioterapia y Psicológicas, con ocasión a la enfermedad que lo aqueja.

Cuarto.- Ordenar a la DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR y el ESTABLECIMIENTO DE SANIDAD MILITAR N° 3007 adscrito al BATALLÓN DE INFANTERÍA N° 9 “BATALLA DE BOYACÁ”, para que de manera conjunta y en el ámbito de sus competencias brinden en

favor del niño JAIRO MATÍAS YOJANES RIVERA BASTIDAS el TRATAMIENTO INTEGRAL, que en lo sucesivo éste requiera a efectos de superar las afecciones que lo aquejan, relacionadas con su patología “PARÁLISIS CEREBRAL ESPÁSTICA – DISCAPACIDAD CRÓNICA GRAVE”, mandato que incluye los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente necesite con ocasión del cuidado de su enfermedad, lo que cubre además los gastos de transporte, estadía, alimentación del menor paciente y acompañante, en los eventos en que deba recibir asistencia médica por fuera de su lugar habitual de residencia y medie el respectivo concepto médico que así lo ordene.”

3. El 16 de marzo de 2018, el actor promovió incidente de desacato en contra de «EJERCITO NACIONAL-SANIDAD MILITAR», tras aducir que han desatendido a cabalidad la anterior orden de tutela.

III. PROVIDENCIA CONSULTADA

Una vez cumplido el trámite pertinente, en providencia del 28 de septiembre del año en curso, dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, se dispuso «Sancionar en desacato a la TENIENTE CORONEL MARÍA CRISTINA DAZA MORA, en su calidad de DIRECTORA DE LA UNIDAD BÁSICA DE ATENCIÓN MÉDICA 3007 DE PASTO ADSCRITO AL BATALLÓN DE INFANTERÍA No. 9 “BATALLA DE BOYACA”, por el incumplimiento al fallo de tutela calendado a 24 de noviembre de 2017».

Como sustento, el Tribunal acotó que, a la fecha en que se tomó la anterior determinación, se incumplió de manera injustificada la directriz impuesta.

Concretamente, en cuanto a la entrega de pañales desechables, pañitos húmedos, crema humectante, cojín y colchón anti escaras; indicó que solo se ha cumplido parcialmente con ello, pues de esos insumos, se ha entregado pañales hasta el 9 de agosto de este año, sin que se advierta la entrega total de pañitos húmedos y crema humectante, pues solo se ha

otorgado la mitad de lo ordenado; y también, pese a que se suministró el colchón anti escaras, quedó restante el cojín de las mismas características.

Igualmente, señaló que a partir del 16 de agosto de esta anualidad, no se ha recibido constancia de entrega de tales elementos antes descritos.

Lo mismo ocurre con los insumos médicos prescritos por el Fisiatra tratante, referidos a silla de ruedas infantil plegable convencional; ortesis de sedestación; ortesis tobillo pie OTP en neutro bilateral; y ortesis braquipalmares en posición funcional.

Respecto a la autorización de las terapias de lenguaje, físicas y ocupacionales que fueron prescritas por el Fisiatra, resaltó que únicamente se tiene constancia de haberse generado la atención para la prestación del servicio de 8 terapias en cada una de las especialidades mencionadas, cuando estas fueron ordenadas en una cantidad de «90 sesiones por mes de cada una», siendo de forma continua, sin que hayan sido autorizadas en su totalidad por la entidad accionada.

Destacó que en lo relacionado con la silla de ruedas, la accionada en el último de los oficios de contestación a los requerimientos efectuados, dijo que ya se había despachado a favor del paciente un coche especial para transporte, de ahí que la fórmula emitida por el galeno que le hace seguimiento carece de justificación.

Reseñó que, en la remisión del menor a un centro de rehabilitación integral, en específico al «Instituto Roosevelt para darle un manejo interdisciplinario e internación», según lo dispuso el doctor Porfirio Muñoz en varias oportunidades; la accionada no se prestó para autorizar el servicio en los términos requeridos por el médico tratante, sino que se limitó a contestar en varias ocasiones que la orden registrada no tenía justificación o explicación alguna, y que, sobre la situación de rehabilitación, ésta ya se encontraba solventada con las prescripciones de las diferentes terapias, las que a su vez habían sido autorizadas en el instituto CEHANI, con sede en Pasto.

Consideró entonces, que el cumplimiento al fallo de tutela no se ha materializado a plenitud, lo cual da pie para dar por demostrada la responsabilidad objetiva que se requiere en el actual trámite. A su vez, en cuanto al elemento subjetivo, indicó que a pesar de los constantes requerimientos, la accionada no ha dado cumplimiento al fallo de tutela, de hecho, ella se ha ocupado en cuestionar las prescripciones médicas, prolongado el estado de afectación del paciente. Lo que evidencia así una actitud negligente a la obligación de garantizar la prestación del servicio al que está obligada, haciendo necesaria la adopción de medidas más rigurosas, que persiguen un objetivo legítimo en pro del respeto de las decisiones judiciales y de los derechos fundamentales.

Finalmente, consideró que una debida ponderación entre circunstancias como la desatención a las fórmulas y prescripciones médicas generadas por los galenos tratantes, sumado al hecho de cuestionarlos y restarles credibilidad frente al tratamiento dispuesto para el paciente, para suponer que el manejo de los padecimientos del menor deben ser en otro orden y no aquel que el médico lo predicó, arroja que la sanción proporcional a imponerse sea de 5 días de arresto y multa de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

IV. CONSIDERACIONES

1. Al tenor de lo normado en el artículo 52, inciso 2º, del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para adelantar el grado jurisdiccional de consulta, respecto de la sanción por desacato impuesta por un tribunal superior de distrito judicial.
2. Durante el desarrollo del trámite integral de tutela, el juez tiene la obligación de garantizar el debido proceso a las partes y terceros con interés. Si tal derecho es vulnerado, acorde con el numeral 8º del artículo 133 del Código General del Proceso y la jurisprudencia constitucional, la Sala debe declarar la nulidad de lo actuado (CC C-543 de 1992 reiterado en CC A-065 de 2013). Dicha norma es aplicable al presente asunto por

remisión del artículo 4º del Decreto 306 de 1992, reglamentario del Decreto 2591 de 1991.

3. En particular, respecto de la notificación del trámite incidental, la Sala de Casación Penal en pronunciamientos CSJ ATP, 10 mar. 2004, Rad. 15965, reiterada en las providencias CSJ ATP, 14 feb. 2013, Rad. 65.187; CSJ ATP, 25 abr. 2013, Rad. 66.090; CSJ ATP, 23 may. 2013, Rad. 66957; CSJ ATP, 25 jul. 2013, Rad. 68316, CSJ ATP6103-2017, 14 sept. 2017, Rad. 94159, señaló:

(...) Frente al alcance de este precepto en el trámite de un incidente de desacato ya la Sala determinó que “cuando de averiguar por la responsabilidad de quien incumpliere una orden de tutela emitida por un Juez de la República dentro de un trámite que contempla como resultado probable la imposición de una sanción privativa de la libertad hasta de seis (6) meses y de una pecuniaria hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, la lectura del numeral en mención no puede ser otra que la de concretar la significación de la frase “dar traslado a la otra parte” en una notificación personal que incluya obviamente, la entrega de una copia del escrito por medio del cual se promovió el incidente. (Énfasis fuera de texto).

4. Asimismo, en decisión CSJ ATP, 25 mar. 2004, Rad. 16.084, reiterada en los pronunciamientos CSJ ATP, 14 feb. 2013, Rad. 65.187; CSJ ATP, 25 abr. 2013, Rad. 66.090; CSJ ATP, 23 may. 2013, Rad. 66957; CSJ ATP, 25 jul. 2013, Rad. 68.316, manifestó:

[E]n cumplimiento de dicho procedimiento resulta esencial porque si como lo ha señalado la Sala en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no basta para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela sino es necesario estudiar a fondo los factores que impidieron la ejecución dentro del término señalado de cuya explicación debe darse oportunidad a la autoridad en los términos aducidos, lo cual solo es posible en la medida en que se le entera personalmente de la

iniciación del trámite. (Énfasis fuera de texto).

5. De lo anterior, surge claro que el incidente de desacato se debe adelantar con observancia de sus etapas procesales correspondientes, esto es: (i) notificar personalmente a la persona incumplida, la apertura del incidente del desacato, con el fin de que pueda dar cuenta de las razones de ello y presente sus argumentos de defensa, (ii) practicar las pruebas solicitadas que sean conducentes y pertinentes para la decisión, (iii) notificar la providencia que resuelva el incidente y (iv) en caso de haber lugar, remitir el expediente en consulta al superior¹. Luego, la ausencia de alguna de ellas genera violación de los derechos fundamentales de la persona investigada.

6. En el caso que se examina, advierte la Sala que el trámite sufre de defectos procedimentales, por indebida notificación de la apertura del incidente de desacato, pues María Cristina Daza Mora no fue debidamente enterada de la apertura formal del incidente sancionatorio, con afectación al debido proceso.

7. Revisadas las constancias obrantes en el expediente, es evidente que no se notificó a la funcionaria mencionada; o al menos, se extraña la prueba de que el auto que dio apertura al incidente de desacato y las providencias que posteriormente se emitieron, le fueran efectivamente comunicadas.

8. Aunque el Tribunal Superior de Pasto indicó en el auto sancionatorio, que la notificación se surtió con el oficio SSP-2900 del 18 de septiembre de 2018², ello no logró efectuarse, al no advertirse una nota o certificación que así lo demuestre; pues en la foliatura obra el mencionado documento sin constancia de recibido alguna. Lo dicho, supone que dicha Corporación no adoptó ninguna medida tendiente a obtener certeza de que dicho oficio llegó a su destinataria.

9. Es evidente que la notificación sólo puede tenerse como eficaz cuando hay certeza de ella, dada la trascendencia de las decisiones que se adoptan en el incidente de desacato,

que pueden implicar sanciones de tipo económico, privación de la libertad y procesos de carácter disciplinario.

10. En consecuencia, se decretará la nulidad de lo actuado a partir del auto de 18 de septiembre de 2018, inclusive, a través del cual se dio apertura al incidente de desacato, para que proceda a notificar del trámite a la funcionaria llamada a acatar el fallo de tutela; y, por ende, llamada a brindar las explicaciones pertinentes al presunto incumplimiento que dio origen al mismo, y se establezca probatoriamente su actuación u omisión subjetiva, antes de imponer una sanción tan drástica como la privación de la libertad.

11. De igual manera, deberá establecerse si es necesario vincular al superior jerárquico de la funcionaria encargada, al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que es del siguiente tenor literal: «El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia».

12. La Sala estima oportuno aclarar que la decisión a adoptar no se opone a que la primera instancia continúe digiriendo la actuación en procura del cumplimiento de las órdenes emitidas en el fallo de tutela para la protección de los derechos fundamentales que fueron amparados, con arreglo estricto de los postulados de la buena fe.

13. Para ello, deberá tener en cuenta el oficio MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DISAN-1-5, del 18 de octubre hogaño, del nuevo Director de la Unidad Básica de Atención Medica de Pasto, enviado al Director de Sanidad del Ejército Nacional, con el fin de solicitar viáticos para el 15 de noviembre de este año, en favor de Jairo Matías Rivera Bastidas, y materializar una cita en el Hospital Militar Central de Bogotá, con neuropediatría; como también se advierte la constancia de entrega de otros pañales, pañitos húmedos y crema humectante, a finales del mes pasado.

14. A su vez, deberá evaluar si la remisión del menor a un centro de rehabilitación integral, en específico al «Instituto Roosevelt para darle un manejo interdisciplinario e internación»,

es viable, teniendo en cuenta si se tiene convenio con la entidad accionada o si, no hay otra institución que pueda prestar el servicio, de las incluidas en la red externa de aquella cerca al domicilio del afectado. Ello atendiendo que, según se indicó en una de las respuestas previas de la funcionaria sancionada, la institución indicó que no puede ordenar los procedimientos que, según un médico particular no adscrito, requiere el menor, por no contar con ellos, o porque no hace claridad acerca de qué es lo que necesita el paciente.

15. Igualmente, se habrá de auscultar en la solución ofrecida por la Directora de la Unidad Básica de Atención Médica de Pasto, cuando señaló que para tener claridad de la situación actual del infante agenciado, lo someterá a un estudio interdisciplinario por parte del comité de niños, niñas y adolescentes con discapacidad, y a partir de tales lineamientos acatar las indicaciones señaladas.

16. En síntesis, con miras a continuar garantizando los derechos fundamentales del afectado, las órdenes de tutela impartidas en primera instancia podrán ser moduladas, si a ello hubiere lugar; máxime que no se trata de que incidente culmine necesariamente en una sanción por desacato, sino de velar por el restablecimiento de los derechos constitucionales vulnerados.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas N° 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

1. DECLARAR LA NULIDAD de lo actuado a partir del auto del 18 de septiembre de 2018, en virtud del cual se dio inicio formal al trámite incidental de desacato por parte del Tribunal Superior de Pasto.
2. REMITIR las diligencias a ese Tribunal Superior, para que proceda a tramitar el incidente de conformidad con las pautas señaladas en la parte motiva de esta providencia.

3. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 CC SC-367-2014.

2 Folio 196.

14