

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado ponente

ATP751-2018

Radicación n.º 97411

(Aprobación Acta No. 97)

Bogotá D.C., veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

VISTOS

Se pronuncia la Sala en grado jurisdiccional de consulta, sobre el trámite incidental adelantado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali contra el Director del Dispensario Militar de Cali y el Director de Sanidad del Ejército Nacional, el cual fue promovido por el incumplimiento del fallo proferido en la acción de tutela 760012204000201700037.

ANTECEDENTES

1. Luis Alberto Sánchez Perea, interpuso acción de tutela contra el Director del Dispensario Militar de Cali y el Director de Sanidad del Ejército Nacional, solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la vida y la salud, con base en los siguientes hechos, los cuales fueron recogidos en el fallo de tutela de primera instancia en los siguientes términos:

El actor, quien es beneficiario del Sistema de Salud de la Policía Nacional en calidad de jubilado, dice que fue diagnosticado con “INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA, RIÑONES POLIQUÍSTICOS LATERALES CON COMPROMISO SEVERO DE LA FUNCIÓN PARENQUIMATOSA”.

Que, el 26 de febrero de 2013, fue hospitalizado en la Clínica Rey David por un trauma en el riñón derecho y le recomendaron control con nefrología en un mes, sin embargo, desde el 25 de julio de 2013 hasta el 3 de mayo de 2016 ha insistido llevando las órdenes de control a la oficina del Hospital Militar de Occidente para que se las autoricen y no ha sido posible que lo hagan, recibiendo, como respuesta, que se encuentran en auditoría médica, sin establecerle una fecha definitiva.

Que, el 3 de mayo de 2016, asistió a la cita médica en la Clínica Amiga de Comfandi y la nefróloga tratante le dijo que tenía que asistir mensualmente a las citas de control.

Que, el 2 de agosto de 2016, nuevamente se acercó a la oficina del Hospital Militar para averiguar por el trámite de la orden médica y le informaron que Auditoría Médica no autorizaba la remisión por consulta de control con nefrólogo porque no tenían convenio con otras entidades.

Que, el 3 de agosto de 2016, le autorizaron exámenes de Saturación de Transferrina, Fósforo Inorgánico, Hierro total, Potasio, Sodio y, al momento de efectuar los exámenes, le informaron igualmente que el Hospital no tenía convenio con ellos.

Que, el 6 de noviembre de 2016, el médico general del Hospital Militar de Occidente, doctor Bernardo Galindo Cardona, le ordenó unos exámenes médicos TSH ULTRASENSIBLE y la Auditoría tampoco los ha autorizado.

Solicita que se ordene a la Entidad Prestadora de Salud Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, Hospital Militar de Occidente, que le reconozca y haga efectiva la autorización y

realización inmediata de la remisión a consulta de control con nefrólogo, ordenada por el médico tratante.¹

2. El conocimiento de esta solicitud de amparo correspondió a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, quien mediante fallo de 27 de enero de 2017, amparó los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, emitió la siguiente orden:

TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida del señor LUIS ALBERTO SÁNCHEZ PEREA ORDENANDO a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y al Director del Hospital Militar Regional de Occidente que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, autoricen y programen la cita de control con nefrólogo prescrita al accionante, así como el examen “TSH ULTRASENSIBLE”, además de todo el tratamiento integral derivado que el médico tratante determine para el padecimiento de INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA, para lo cual deberá, de forma inmediata, adelantar todos los trámites administrativos y/o contractuales que sean del caso, con el fin de comenzar a brindar, de manera efectiva, la atención en salud que requiere el actor.²

3. Por considerar que las accionadas incumplieron lo ordenado por el Tribunal, el 18 de mayo de 2017 el accionante solicitó al Juez de tutela de primera instancia dar inicio al incidente de desacato.³

4. Mediante auto de 22 de mayo de 2017 la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali requirió a las autoridades accionadas para que se pronunciaran

sobre el cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia.⁴ Se trata de una decisión que fue notificada personalmente a las autoridades accionadas.⁵

5. El 30 de mayo de 2017, el Director de Sanidad del Ejército Nacional informó que dio cumplimiento al fallo de tutela, autorizando los servicios y exámenes requeridos por el accionante:

...el servicio de cita con NEFROLOGÍA, en efecto fue autorizado mediante orden de servicios No. A46117001030931 el 11 de febrero de 2017 en la IPS CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS, entidad con la cual a la fecha se ha renovado el convenio motivo por el cual el servicio puede ser garantizado sin inconveniente alguno, sin embargo, para efectos de lo anterior el usuario debe, de manera inmediata, hacer llegar las órdenes originales con el fin de que sean refrendadas en la oficina de auditoría médica mediante un sello con el cual la orden cobra vigencia. Asimismo, los exámenes de laboratorio que requiere el usuario y que a su vez fueron autorizados igualmente, deben hacerse el mismo procedimiento para refrendar con la IPS SERVICIO DIAGNÓSTICO MÉDICA dado que se ha renovado la contratación con dicha entidad y a la fecha se puede garantizar allí la realización de dichos exámenes. De lo anterior le fue informado al señor Luis Alberto Sánchez de manera escrita con oficio fechado 30 de mayo de 2017.

Esta respuesta fue puesta de presente el 05 de junio de 2017 al accionante⁶, quien el 28 de agosto siguiente insistió en que no había podido acceder a los servicios de nefrología y los exámenes que le fueron prescritos,⁷ situación que persistía al 20 de septiembre siguiente.⁸

6. Por este motivo, mediante auto de 27 de septiembre de 2017, la Sala Penal del

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali inició incidente de desacato contra el Director del Dispensario Militar de Cali y el Director de Sanidad del Ejército Nacional.⁹ Esta decisión fue notificada a las autoridades involucradas personalmente.¹⁰

7. El 22 de enero¹¹ y el 12 de febrero de 2018¹², el accionante informó que el incumplimiento persistía.

8. El 19 de febrero de 2018, después de haber sido notificado de la decisión que declaró el desacato, el Director del Dispensario Militar de Cali informó el cumplimiento del fallo de tutela en los siguientes términos:

...el Dispensario Médico de Cali – DMCAL dio cumplimiento al fallo de tutela en debida forma desde el requerimiento realizado por el Tribunal Superior de Cali sala Penal toda vez que el fallo de tutela a favor del señor Luis Alberto Sánchez, ordeno se le garantizara cita con la especialidad de NEFROLOGÍA, la realización de EXÁMENES DE LABORATORIO y la ATENCIÓN INTEGRAL para su padecimiento de INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA y por ello, desde esa fecha el Dispensario Médico de Cali procedió a autorizarle servicios médicos así:

* El 9 de marzo de 2017 se autoriza efectivamente el servicio de NEFROLOGÍA a la IPS FUNDACIÓN VALLE DE LILI mediante orden de servicios No. A46117001032885.

* El día 9 de marzo de 2017 se le autorizaron seis (06) exámenes de laboratorio en la IPS SERVICIOS DE DIAGNÓSTICO MÉDICO S.A. mediante orden de servicios No. A46117001032882.

* El 09 de marzo de 2017 se autoriza RESONANCIA MAGNÉTICA DE ARTICULACIÓN en la IPS FABILU LTDA. mediante orden No. A46117001032886.

* El 01 de diciembre de 2017 se autorizan dos (02) exámenes de laboratorio en la IPS SERVICIOS DE DIAGNÓSTICO MÉDICO S.A. orden de servicios No. A46117001053539.

* El 01 de diciembre de 2017 se autorizó el servicio de BIOPSIA CERRADA (PERCUTÁNEA) (AGUJA) DE PRÓSTATA POR ABORDAJE TRANSRECTAL por medio de la IPS FUNDACIÓN SALUVITÉ por medio de la orden No. A46117001053540.

A su vez, me permito adjuntar los siguientes pantallazos en donde se evidencian las citas médicas [de odontología, medicina general, dermatología y urología] que se le han brindado y los servicios médicos autorizados [de dermatología, laboratorios clínicos y medicina familiar] en el transcurso del año 2018 así:

...

El Tribunal Superior Sala Penal, refiere que vía telefónica el señor Sánchez informa el 28 de julio de 2017 que no ha obtenido su cita con la especialidad en NEFROLOGÍA luego la autorización se expidió en el mes de marzo y desconocemos si el usuario la reclamo o en su defecto el IPS por alguna razón no le ha brindado el servicio, evento último que debe poner en conocimiento de manera inmediata el usuario al Dispensario Médico con el fin de realizar las averiguaciones y gestiones necesarias para lograr la prestación del servicio médico, luego se reitera, el usuario no informó al DMCAL su novedad con la orden en la IPS VALLE DE LILI.

Ahora bien, dicha orden de servicio a la fecha se encuentra vencida como quiera que no se hizo efectiva por el usuario, luego esto no representa ningún contratiempo como quiera que

el señor Sánchez puede dirigirse con dicha orden a la oficina de auditoría médica del Dispensario Médico de Cal y ACTUALIZARLA (REFRENDAR) lo cual es una diligencia consistente en poner un sello en la orden con nueva fecha por lo que le tomara solo unos minutos, posteriormente puede solicitar telefónicamente la cita médica en la IPS VALLE DE LILI como quiera que en la actualidad existe contrato plenamente vigente con dicha IPS.

A su vez, vale precisar que todos los exámenes de laboratorio que el usuario ha solicitado y radicado en la oficina de auditora médica de este Dispensario, se autorizaron en la IPS SERVICIOS DE DIAGNÓSTICO MÉDICO S.A. en el año 2017 durante el cual se tuvo CONVENIO VIGENTE con dicha IPS durante todo ese lapso, por lo que el usuario podía acceder a los servicios médicos al acercarse a la IPS y en el evento de presentar alguna eventualidad, haberla informado a esta dependencia para intervenir inmediatamente. Si las autorizaciones para la realización de los exámenes de laboratorio tampoco fueron materializadas, es necesario que igualmente se realice el proceso de REFRENDACIÓN y ACTUALIZACIÓN de la orden en auditoría médica para la prestación del servicio médico en la actualidad, dejando de presente de antemano, que no se hicieron efectivas las autorizaciones de servicios POR RAZONES AJENAS A LA VOLUNTAD DE ESTA ENTIDAD Y POR ELLO NO PUEDE ENDILGARSE CULPA ALGUNA A LA ENTIDAD QUE REPRESENTO.¹³

Para acreditar su dicho, la autoridad accionada allegó copia de las autorizaciones generadas en favor del accionante y de los contratos que dan cuenta que para hacer efectiva la orden de Nefrología existe un convenio vigente con la Fundación Valle de Lili, mientras que para los exámenes existe un contrato con Servicio de Diagnóstico Médico S.A.¹⁴

9. El 02 de marzo de 2018, el accionante informó que el fallo de tutela continúa sin cumplimiento, allegando copia de las autoridades que le han sido entregadas entre junio de 2017 y febrero de 2018.¹⁵

10. El 12 de marzo de 2018, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional solicitó revocar la sanción impuesta, argumentando que expidió nuevamente las autorizaciones de los exámenes y valoraciones prescritas al accionante.¹⁶

11. El 13 de marzo de 2018, en comunicación telefónica establecida con el accionante este confirmó que recibió las nuevas autorizaciones, quedándole pendiente llamar a las entidades prestadoras de salud a las que fue remitido, para programar las respectivas citas y exámenes.¹⁷

DECISIÓN OBJETO DE CONSULTA

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 13 de febrero de 2018, sancionó al Director del Dispensario Militar de Cali y al Director de Sanidad del Ejército Nacional, con cinco (5) días de arresto y multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, al constatar que a la fecha no habían sido prestados los servicios de salud ordenados en favor del accionante y que las autoridades accionadas no acreditaron la vigencia de los convenios que referían tener para tal fin.¹⁸

Esta decisión fue notificada personalmente al Director del Dispensario Militar de Cali y al Director de Sanidad del Ejército Nacional.¹⁹

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el inciso segundo del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para revisar en grado jurisdiccional de consulta la sanción impuesta por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali contra el Director del Dispensario

Militar de Cali y el Director de Sanidad del Ejército Nacional, como consecuencia del desacato declarado respecto la orden de tutela impartida en el fallo de tutela de primera instancia proferido el 27 de enero de 2017, en el marco de la acción de tutela promovida por Luis Alberto Sánchez Perea.

1. Al respecto, siguiendo lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia T-280A de 2002, es importante recordar que el incidente de desacato es un mecanismo del que dispone el Juez de tutela para lograr la protección de derechos fundamentales amparados, dado que «...la imposición o no de una sanción en el curso del incidente de desacato puede llevar a que el accionado se persuada del cumplimiento de la orden de tutela.»

Así, la jurisprudencia ha indicado que el cumplimiento y el incidente de desacato son los dos instrumentos con los que el juez de tutela puede utilizar para lograr el cumplimiento de las órdenes impartida, bien sea de manera simultánea o sucesiva.

En la referida providencia, la Corte Constitucional precisó:

Ahora bien, quien solicita el amparo para lograr el efectivo cumplimiento de la decisión adoptada, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991, artículos 27 y 52, dispone de dos instrumentos, que puede utilizar de manera simultánea o sucesiva. En efecto, dicha normatividad, faculta al accionante para pedir el cumplimiento de la orden de tutela mediante el denominado “trámite de cumplimiento” y/o para solicitar, por medio del “incidente de desacato”, que sea sancionada la persona que incumple dicha orden. En esta medida, “el juez puede adelantar el incidente de desacato y sancionar a los responsables y simultáneamente puede adelantar las diligencias tendentes a obtener el cumplimiento de la orden”.

La jurisprudencia constitucional, con fundamento en los preceptos legales contenidos en el mencionado decreto, distingue entre la actividad judicial orientada a obtener el cumplimiento del fallo de tutela y el incidente de desacato, así: “el trámite del cumplimiento no es un prerequisite para el desacato, ni el trámite de desacato es la vía para el cumplimiento. Son dos cosas distintas el cumplimiento y el desacato. Puede ocurrir que a través del trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato”.

En la sentencia T-458 de 2003, dicha Corporación diferenció los siguientes aspectos entre el desacato y el cumplimiento:

i) El cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal. ii) La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva. iii) La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 27 y 23 del decreto 2591 de 1991. La base legal del desacato está en los artículos 52 y 27 del mencionado decreto. Es decir que en cuanto al respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia. iv) El desacato es a petición de parte interesada; el cumplimiento es de oficio, aunque, v) puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público.

Siguiendo esta línea interpretativa, se puede concluir que el cumplimiento es de carácter principal pues tiene su origen en la Constitución y hace parte de la esencia misma del recurso de amparo, siendo tan solo exigible para su configuración una responsabilidad objetiva. En cambio, el desacato es una figura jurídica accesoria, de origen legal y que requiere una responsabilidad de tipo subjetiva, bajo el entendido de que resulta necesario para imponer la sanción, probar la negligencia de la persona que debe cumplir la orden adoptada en la sentencia. (Resaltado fuera del texto original).

Entonces, no es presupuesto del incidente de desacato el haberse adelantado el trámite de cumplimiento, pues en todo caso este se puede y debe agotar cuando el fallo de tutela se desobedece y aún persiste la obligación de la autoridad accionada de cumplir, demostrándose eso sí la responsabilidad subjetiva del sujeto llamado obedecer.

Visto de esta manera, la sanción es concebida como una de las formas a través de las cuales el juez puede lograr el cumplimiento de la sentencia de tutela cuando la autoridad accionada decidió no acatarla, razón por la cual, si la orden impartida ha sido cumplida durante el trámite del incidente, opera el fenómeno de la carencia actual de objeto y desaparece el fundamento de la sanción.²⁰

2. En el caso concreto, se observa que la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali tramitó el incidente propuesto por Luis Alberto Sánchez Perea, concluyendo en la declaratoria de incumplimiento del fallo de 27 de enero de 2017 proferido por esa Corporación, contra el Director del Dispensario Militar de Cali y el Director de Sanidad del Ejército Nacional, porque no habían cumplido con la orden de garantizar la prestación de los servicios de salud ordenados en favor del accionante, razón por la que procedió a sancionarlos con cinco (5) días de arresto y multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3. Así, respecto de lo que fue objeto de sanción, esto es, no acreditar que se garantizó la prestación de los servicios de salud ordenados en favor del accionante, la Sala considera que es un aspecto que fue superado en el trámite incidental, porque a partir de las respuestas de 19 de febrero²¹ y 12 de marzo de 2018²², remitidas después de haberseles notificado de la decisión que declaró el desacato, el Director del Dispensario Militar de Cali y el Director de Sanidad del Ejército

Nacional allegaron copia de las minutas de los contratos y convenios celebrados con institutos prestadores de salud, los cuales se observa están vigentes; y porque el accionante confirmó que le fueron entregadas las autorizaciones expedidas a su favor.²³

De esta manera, en lo que concierne a garantizar la prestación de los servicios de salud ordenados en favor del accionante, se considera que la orden de tutela se cumplió, pues no es esta la oportunidad para examinar si en su condición de ordenadores del gasto, el Director del Dispensario Militar de Cali y el Director de Sanidad del Ejército Nacional han promovido alguna actuación encaminada a requerir a las entidades con las que han celebrado contratos y convenios, para que subsanen cualquier posible incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Por consiguiente, esta Sala encuentra que el objeto del incidente está debidamente superado.

4. Corolario de lo anterior, la Sala revocará la sanción impuesta contra el Director del Dispensario Militar de Cali y el Director de Sanidad del Ejército Nacional, mediante auto de 13 de febrero de 2018.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA,

RESUELVE

1. REVOCAR la sanción impuesta al Director del Dispensario Militar de Cali y al Director de Sanidad del Ejército Nacional, por las consideraciones presentadas en precedencia.

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

3. DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Folios 11 a 12, cuaderno 1.
- 2 Folios 18, cuaderno 1.
- 3 Folios 1 a 10, cuaderno 1.
- 4 Folio 19, cuaderno 1.
- 5 Folios 22 y 27, cuaderno 1.
- 6 Folio 30, cuaderno 1.

- 7 Folio 31, cuaderno 1.
- 8 Folio 33, cuaderno 1.
- 9 Folios 32 a 34, cuaderno 1.
- 10 Folios 36, 40 y 44, cuaderno 1.
- 11 Folio 45, cuaderno 1.
- 12 Folio 46 a 52, cuaderno 1.
- 13 Folios 67 a 68, cuaderno 1.
- 14 Folios 69 a 83, cuaderno 1.
- 15 Folios 4 a 13, cuaderno 2.
- 16 16 a 19, cuaderno 2.
- 17 Folio 30, cuaderno 2.
- 18 Folios 54 a 61, cuaderno 1.
- 19 Folios 66 y 86, cuaderno 1.
- 20 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-092 de 1997.
- 21 Folios 67 a 83, cuaderno 1.
- 22 Folios 16 a 29, cuaderno 1.
- 23 Folio 30, cuaderno 2.