

SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS 2

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

ATP702-2021

Radicado 116038

(Aprobado Acta No.82)

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS:

Sería del caso definir el grado jurisdiccional de consulta de la providencia proferida el 17 de

marzo de 2021, mediante la cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Guadalajara de Buga sancionó al director del Dispensario Médico Militar de Cali, por desacato frente al fallo de tutela del 8 de marzo de 2016, que concedió el amparo constitucional a favor del menor J.J.A.R., si no fuera porque se observa que en la primera instancia se incurrió en causal de nulidad que afecta todo lo actuado.

1. En fallo de tutela del 8 de marzo de 2016, la Sala Penal del Tribunal Superior de Guadalajara de Buga amparó el derecho fundamental a la salud del menor J.J.A.R., representado por su progenitora MARTHA LILIANA RÍOS TORRES. En consecuencia, ordenó al Director de Sanidad del Ejército Nacional de Cali que:

“haga entrega a la señora MARTHA LILIANA RÍOS TORRES todo lo recetado por los médicos tratantes al menor JUAN JOSÉ ACEVEDO RÍOS especificado en la parte motiva de esta providencia, y AUTORICE se practique a dicho menor las terapias y procedimientos ordenados por los médicos tratantes, especificados en la parte motiva de esta sentencia, además deberá brindarle a dicho menor tratamiento integral en lo referente a las patologías mencionadas en este proveído.”

El 28 de abril siguiente, esta Sala de tutelas confirmó la determinación.

Seguidamente, el 08 de junio de 2016, en providencia complementaria resolvió:

“PRIMERO: MODULAR la orden dada en el fallo de tutela del 8 de marzo de 2016 proferido por esta Sala Constitucional, en el sentido de ORDENAR al Teniente Coronel NÉSTOR ALEXANDER CASTRO TRUJILLO -Director del Hospital Militar Regional de Occidente- o a quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, haga entrega a la señora MARTHA LILIANA RÍOS TORRES de todo lo recetado por los médicos tratantes al menor JUAN JOSÉ ACEVEDO RÍOS, a saber: mupiroma crema (bactroban) 2% 15g, pañales talla S, guantes, pañitos húmedos paquete y nutrición completa para paciente pediátrico lata 400 mg, y que se le practique a dicho menor terapia de fonoaudiología integral sod 2 x semana por 4 meses, terapia física integral sod 2 x semana por 4 meses, terapia ocupacional sod 2 x semana 4 meses, psicoterapia individual por psicología 2x semana por 4 meses, y tratamiento integral en lo referente a la parálisis cerebral que padece”.

En la misma línea, el 11 de octubre de 2017, la primera instancia dispuso:

“MODULAR la orden dada en el fallo de tutela del 8 de marzo de 2016 proferido por esta Sala Constitucional, en el sentido de ORDENAR al señor EDWIN ALFONSO PINZÓN SÁNCHEZ – Director del Dispensario Médico Militar de Cali – o a quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, haga entrega a la señora MARTHA LILIANA RÍOS TORRES de todo lo recetado por los médicos tratantes al menor JUAN JOSÉ ACEVEDO RÍOS, a saber: mupiroma crema (bactroban) 2% 15g, pañales talla S, guantes, pañitos húmedos paquete y nutrición completa para paciente pediátrico lata 400 mg, y que se le practique a dicho menor terapia de fonoaudiología integral sod 2 x semana por 4 meses, terapia física integral sod 2 x semana por 4 meses,

terapia ocupacional 2 x semana 4 meses, psicoterapia individual por psicología 2x semana por 4 meses, y tratamiento integral en lo referente a la parálisis cerebral que padece.”

2. Por escrito del 3 de marzo de 2021, la incidentante informó al tribunal que la Dirección del Dispensario Médico de Cali no ha cumplido con la obligación de garantizarle las terapias físicas, de fonoaudiología y ocupacional, de manera permanente.

3. Mediante auto del 8 de marzo siguiente, la corporación judicial abrió el trámite de incidente contra el director del Dispensario Médico Militar de Cali para que, dentro de los tres días siguientes, hiciera cumplir el mandato constitucional. La providencia fue notificada a los correos electrónicos juridicahospitalmilitarcali@gmail.com y direcciondmcal@gmail.com.

A pesar de que presuntamente se notificó en debida forma la iniciación de las diligencias, el vinculado guardó silencio.

4. En decisión del 17 de marzo de 2021, la Sala Penal del Tribunal Superior de Guadalajara de Buga, sancionó al director del Dispensario Médico Militar, porque incumplió la orden contenida en la sentencia constitucional. En consecuencia, le impuso un (1) día de arresto y multa equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

En cuanto a la responsabilidad subjetiva del sancionado, el tribunal resaltó que este

requisito se cumple teniendo en cuenta que, frente al requerimiento realizado, el funcionario guardó silencio y no ha mostrado interés ni ha realizado acciones para desvirtuar lo afirmado por la quejosa o materializar el cumplimiento de la orden de tutela que le fue impartida.

5. Mediante oficio del 24 de marzo de 2021, se notificó al sancionado. El asunto fue remitido a la Sala de Casación Penal para surtir la consulta respectiva.

CONSIDERACIONES:

1. Al tenor de lo normado en el artículo 52, inciso 2°, del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para adelantar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sanción por desacato impuesta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga.

2. El artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 prevé el cumplimiento del fallo en cabeza de la autoridad responsable del agravio. Si no lo hace dentro de las 48 horas siguientes, el juez requerirá al superior para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquel. Pasado un término igual, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento de la orden.

Por su parte, el artículo 52 del mismo decreto consagra el instituto jurídico conocido como desacato, mediante el cual el juez puede sancionar el desobedecimiento de la orden, con arresto hasta de 6 meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales.

El juez de tutela debe acudir a la primera de dichas figuras y, de ser insuficiente, a la segunda, según lo ha establecido la Corte Constitucional (Sentencia T-939 del 2005 y Auto 122 del 5 de abril del 2006).

El incidente de desacato es el procedimiento a través del cual el juez constitucional determina si procede la aplicación de una sanción a la autoridad o al particular que se sustrae al cumplimiento de una orden contenida en un fallo de tutela que lo vincula, con el propósito de lograr su acatamiento, en aras de garantizar una real protección de las garantías superiores protegidas.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que este trámite incidental especial está sujeto a las reglas del debido proceso, razón por la que, para que la sanción por desacato, como medida disciplinaria del juez constitucional, tenga eficacia y validez, debe adelantarse en debida forma, cumpliendo las etapas previstas para el efecto, a saber:

i) comunicar a la persona incumplida la apertura del incidente del desacato, para que explique el motivo por el que no ha cumplido 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

iii. en caso de haber lugar a ello, remitir el expediente en consulta al superior. (CC C-367/14)

3. Análisis del caso concreto.

En el presente caso, los presupuestos procesales para mantener un fallo sancionatorio no se cumplen, porque el tribunal omitió indagar acerca de quién funge en la actualidad como director del Dispensario Médico de Cali, no obstante resultar necesario para la definición de su responsabilidad, conllevando vacíos de motivación en el análisis de la responsabilidad subjetiva predicable del prenombrado servidor, lo que la tornan ineficaz.

Se recordará que el fallo de tutela que amparó los derechos del menor representado por MARTHA LILIANA RÍOS TORRES fue modulado en dos oportunidades por el tribunal; la primera de ellas, puntualizando las cargas que debía asumir el director del Dispensario de Cali (que para esa época se traba del Teniente Coronel Néstor Alexander Castro Trujillo), y la segunda, en el sentido de ordenar al señor Edwin Alfonso Pinzón Sánchez – Director del Dispensario Médico Militar de Cali-, suministrar los elementos, consultas y terapias que requiriera J.J.A.R.

Pues bien, a raíz del incidente de desacato iniciado el 8 de marzo de 2021, con oficio T-001070 de día siguiente, la Sala a quo comunicó la apertura del trámite a la Coronel Beatriz Silva Miranda, en su condición de directora del Dispensario Médico Militar de Cali; no obstante, de la lectura de la providencia que pone fin al procedimiento se extracta que la autoridad judicial declaró “que el Director del Dispensario Médico Militar de Cali incurrió en desacato a la orden de tutela (...)”, situación de la que se aprecia la vulneración del debido proceso del presunto incumplido, al no estar plenamente identificado. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado (Rad. 05001-23-33-000-2017-00294-01, May. 4 de 2017):

“La necesidad de la identificación e individualización del funcionario, deviene de la ya referenciada naturaleza sancionatoria del incidente de desacato y de la garantía al debido proceso en el mismo, lo cual no cede ante la informalidad y celeridad que caracterizan el trámite de tutela, toda vez que, a pesar de esto último, dicho derecho fundamental debe orientar la función del juez constitucional. Lo anterior cobra relevancia si se observa que, por ejemplo, de conformidad con el Decreto Ley 2591 de 1991, una de las sanciones posibles por no atender una decisión de un juez constitucional, es el arresto del funcionario público conminado a ello. De otro lado, un argumento que refuerza la posición antes expuesta y que permite evidenciar las graves inconsistencias en que se incurrió tanto el auto de apertura como en el sancionatorio, es que el incidente de desacato se dirige contra el funcionario público encargado de dar cumplimiento a la medida tutelar, y en consecuencia, no contra la entidad persona jurídica de derecho público que acudió como accionada en la acción de tutela. (...) Estrechamente vinculado con lo anterior, se tiene que el funcionario previamente identificado e individualizado, debe ser notificado personalmente, tanto del auto de apertura como de aquel que le impone la correspondiente sanción, pues de esta manera, ese derecho al debido proceso se efectiviza a efectos de garantizar la participación del incidentado en defensa de sus intereses.”.

Con el proceder de la Colegiatura a quo, naturalmente, se configura la causal de nulidad que invalida la actuación surtida por el tribunal, porque al tratarse de una sanción corporal, esta es inminentemente personal, sin que pueda trasladarse a la persona jurídica que representa. De ahí que tampoco resulte legítimo la expresión “o a quien haga sus veces”, pues bien podría tratarse de alguien diferente al momento de emitirse la decisión.

Además, al respecto, la Corte Constitucional ha destacado que para sancionar en desacato no solo basta con la demostración objetiva del amparo, sino que debe configurarse una real acción u omisión por parte de la persona llamada a cumplir de la cual se desprenda un dolo o culpa que genere de manera injustificada el incumplimiento a capricho propio, esto es, que se debe demostrar una responsabilidad subjetiva en el incidentado. (Cfr. CSJ ATP, 24 Sep. 2016. Rad 87204).

Adicionalmente a esto, de suyo suficiente para dejar sin efectos el proveído, la Sala advierte que el juez plural, en la providencia consultada, al abordar el juicio de responsabilidad del director del Dispensario Médico de Cali, que condujo a su sanción, se limitó a precisar lo siguiente:

En el caso bajo examen la orden de tutela, una vez modulada, se dirigió contra el director del Dispensario Médico Militar de Cali para que, entre otras cosas, le suministre a JUAN JOSÉ ACEVEDO RÍOS “terapia física integral sod 2 x semana por 4 meses, terapia ocupacional sod 2 x semana 4 meses, psicoterapia individual por psicología 2x semana por 4 meses, y tratamiento integral en lo referente a la parálisis cerebral que padece”. La solicitud de incidente de desacato se concretó en que el citado paciente “hace 6 meses está postrado en

cama y urge que todas sus terapias como fisioterapia fonoaudiología y ocupacional sean permanentes y la cual en el momento solo mandan fisio y fonoaudiología pero ocupacional nada¹⁴".

El director del Dispensario Médico Militar de Cali no contestó, a pesar de haber sido enterado de la apertura del incidente de desacato¹⁵. Esa omisión permite aceptar que lo expuesto por la señora MARTHA LILIANA RÍOS TORRES es cierto. Ante falta de justificación del desacato se torna obligatorio imponer sanción.

Esta argumentación resulta insuficiente para tener por acreditada la concurrencia del elemento subjetivo, toda vez que no aborda los pormenores que rodearon el caso de MARTHA LILIANA RÍOS TORRES, ni los relaciona con los deberes funcionales que, frente al cumplimiento del fallo de tutela, puede llegar a tener el responsable, que, se reitera, ni siquiera se encuentra debidamente identificado e individualizado.

Así las cosas, en aras de que se subsanen las referidas irregularidades, la Sala decretará la nulidad de lo actuado a partir del auto del 8 de marzo de 2021, inclusive, a través del cual se dio apertura del incidente de desacato, para que el tribunal requiera previamente a quien en la actualidad ostenta el cargo de director (a) del Dispensario Médico de Cali, en torno al cumplimiento de la orden impartida, y, de acuerdo con el proceder de aquel, impulse eventualmente el incidente de desacato promovido por la parte actora.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

1. DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado a partir del auto del 8 de marzo de 2021, inclusive, a través del cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Guadalajara de Buga dio apertura al incidente de desacato promovido por la señora MARTHA LILIANA RÍOS TORRES en representación de su menor hijo, para que se rehaga el trámite de conformidad con lo señalado en precedencia.
2. DEVOLVER el expediente al tribunal de origen.
3. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO QUINTERO BERNATE

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria