

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

STP 14957- 2021

Radicado 117800

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de julio de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Resuelve la Sala la impugnación presentada por CARLOS ALBERTO RINCÓN ARANGO, en su calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional, en contra de la sentencia STL6495-2021 del 19 de mayo de 2021, emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la cual se negó la acción de tutela instaurada por esta persona, en contra de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y el Juzgado 39 Laboral del Circuito de esta ciudad.

Además de las autoridades accionadas, al trámite fueron vinculadas todas las partes e intervinientes del incidente de desacato con radicado 2020-00369, con el objeto de que se pronunciaran sobre los hechos, argumentos y pretensiones esgrimidos en el escrito de amparo.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el escrito de tutela, una ciudadana de nombre Isabella Castellanos Leguizamón interpuso una acción de amparo en contra de la Dirección General de Sanidad Militar, con el propósito de que se le brindara un tratamiento integral frente a su diagnóstico

de disforia de género, ante el Hospital San José. Dicho mecanismo constitucional le fue repartido al Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá; autoridad que, en el auto admisorio del 9 de octubre de 2020, dispuso vincular a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, cuyo actual director es el brigadier general CARLOS ALBERTO RINCÓN ARANGO. En sentencia del 23 de octubre de 2020, el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá falló a favor de la accionante y ordenó la atención integral de Isabella Castellanos Leguizamón en el Hospital San José. Esta providencia sería confirmada, posteriormente, por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá mediante providencia del 10 de diciembre de ese año.

Posterior a la emisión de la sentencia de primera instancia, y ante la solicitud de apertura de un incidente de desacato, mediante auto del 20 de noviembre de 2020, el Juzgado accionado requirió a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional para que acreditara el cumplimiento del fallo de tutela. Ante ello, la dependencia requerida envió un oficio en el que explicó que ella solo presta servicios administrativos, y no asistenciales, lo que implica que ella no es competente para acatar aquello que fue decidido en el fallo de tutela del 23 de octubre.

Del mismo modo, explicó que el Hospital San José no hace parte de ninguna red externa con la cual los Establecimientos de Sanidad Militar tengan contrato vigente para la prestación de servicios de salud y, por lo tanto, bajo el amparo del principio de la libertad de escogencia, se exhortó al Juzgado 39 Laboral del Circuito para que no obligara a la Dirección de Sanidad del Ejército a celebrar convenios con dicho Hospital, máxime cuando Isabella Castellanos Leguizamón puede recibir el tratamiento que requiere en el Hospital Militar Central.

A pesar de las explicaciones dadas previamente, el Juzgado accionado no acogió ninguna de las solicitudes elevadas y, en consecuencia, ordenó que se celebrara un convenio de atención médica con el Hospital San José y que se sancionara por desacato al entonces Director de Sanidad del Ejército Nacional<sup>1</sup>. Por lo anterior, mediante oficio del 17 de diciembre de 2020, La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional solicitó la revisión de la

sanción ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá; autoridad que, mediante auto del 12 de enero de 2021 confirmó la decisión consultada.

Sin embargo, en vista de que el Gobierno Nacional, mediante Decreto 1586 del 2 de diciembre de 2020, nombró a un nuevo Director de Sanidad del Ejército Nacional -es decir, a CARLOS ALBERTO RINCÓN ARANGO-, mediante auto del 11 de febrero de 2021, el Juzgado accionado decidió inaplicar la sanción impuesta y volvió a iniciar el trámite del incidente de desacato. Ante ello, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional volvió a alegar falta de competencia para cumplir con la orden que le fue impuesta en la sentencia del 23 de octubre, y demandó que dicha orden fuera modulada de manera que no se le exigiera contratar con una I.P.S. que estuviera por fuera de la red de prestación de servicios con la que cuenta esa dependencia. Sin embargo, mediante auto de ese mismo 11 de febrero de 2021, el Juzgado 39 Laboral del Circuito volvió a sancionar por desacato al Director de Sanidad del Ejército Nacional, esta vez en cabeza del brigadier general CARLOS ALBERTO RINCÓN ARANGO. Dicha sanción fue confirmada nuevamente por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en sede de consulta, mediante providencia del 8 de marzo de la presente anualidad.

Una vez culminado el proceso anterior, y con la intención de acatar la orden de tutela, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional se comunicó con el Hospital San José y solicitó información sobre cuál debía ser el procedimiento para poder asumir el costo del tratamiento de Isabella Castellanos Leguizamón ante esa institución. Igualmente, se comunicó con la accionante a efectos de indicarle que, mientras se hacía el proceso correspondiente con el referido Hospital, podía iniciar el tratamiento que requiere en las instalaciones del Hospital Militar Central, razón por la cual se le programó cita con diferentes especialistas.

Empero, a pesar de lo anterior, el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá insiste en que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional aún persiste en el desacato de la orden de

tutela y que, por esa razón, no inaplicaría la sanción impuesta. Ante ello, se le explicó al Juzgado que, para realizar la contratación con el Hospital San José, es necesario que exista una orden de una Junta Médica y, para ello, es necesario construir y evaluar la historia clínica de la paciente. Del mismo modo, manifestó que, si bien el Hospital San José les ha enviado los costos de las citas con especialistas, tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas que requiere la paciente, no les ha remitido la historia clínica ni la orden de la Junta Médica que es necesaria para poder hacer el convenio que los autorice a hacer el desembolso que requieren. Por último, agregó que ha participado en varias reuniones virtuales en las que han hecho presencia tanto la accionante, como personal del Hospital San José y del Juzgado accionado y que ha adelantado diversas gestiones dirigidas a darle cumplimiento a la orden contenida en el fallo del 23 de octubre de 2020.

Por considerar que toda esta situación denota una evidente afectación de los derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad individual, el brigadier general CARLOS ALBERTO RINCÓN ARANGO, en su calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional, demandó que se revoque la sentencia del 23 de octubre de 2020, dada la imposibilidad jurídica de esa dependencia para cumplir lo que allí fue ordenado.

#### TRÁMITE DE LA PRIMERA INSTANCIA

1. Por auto del 12 de mayo de 2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia admitió la presente acción de tutela y ordenó que se corriera el correspondiente traslado a las partes demandadas y vinculadas.
2. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá no se pronunció al interior del presente mecanismo constitucional, a pesar de haber sido oportunamente notificada del mismo.
3. El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá manifestó que, en efecto, conoció del proceso de tutela que es mencionado en el escrito de amparo y que, al interior de este, emitió una sentencia de primera instancia el 23 de octubre de 2020, por medio de la cual

tuteló los derechos fundamentales de Isabella Castellanos Leguizamón y le ordenó a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional que autorizara el tratamiento médico integral que requiere la paciente en el Hospital San José. Dicha sentencia fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en providencia del 10 de diciembre de 2020.

A continuación, afirmó que Isabella Castellanos Leguizamón interpuso una solicitud de apertura de incidente de desacato, que culminó con la imposición de una sanción de 3 días de arresto y 1 salario mínimo mensual legal vigente de multa a CARLOS ALBERTO RINCÓN ARANGO, mediante auto del 11 de febrero de 2021; sanción que posteriormente sería confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en providencia del 8 de marzo del presente año. Agregó que, posterior a la ejecutoria de la sanción por desacato, se han llevado a cabo diversas reuniones en las que ha participado tanto Isabella Castellanos Leguizamón, como personal del Hospital San José y de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

Empero, señaló que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional insiste en negar la autorización del tratamiento de la accionante en el Hospital San José, que sigue catalogando como “estético” el tratamiento que requiere Isabella Castellanos Leguizamón y que ha faltado a la verdad en varias de las reuniones que se han llevado a cabo con el objeto de hacerle seguimiento al cumplimiento de la sentencia de tutela. A pesar de ello, el Juzgado asegura que ha tratado de generar varios acercamientos entre las partes, que ha contestado todas y cada una de las solicitudes enviadas por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y que ha permitido la suspensión de la aplicación de la sanción por varias semanas, mientras dicha dependencia se decide a cumplir con la orden contenida en el fallo del 23 de octubre.

Añadió que, en su sentir, lo que ocurre es que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional insiste en retrotraer el tratamiento de Isabella Castellanos Leguizamón, con el argumento de que debe realizarse una Junta Médica en el Hospital San José, a pesar de que esta entidad

manifestó que dicha Junta ya fue celebrada y que ya se le aprobaron a Isabella Castellanos Leguizamón los tratamientos e intervenciones quirúrgicas que requiere. Con fundamento en ello, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional ha interpuesto una innumerable cantidad de trabas administrativas que no solo configuran un evidente desacato a una orden judicial, sino que, según el Juzgado, degeneran en un ambiente de discriminación en contra de Isabella Castellanos Leguizamón, a quién, aparentemente, no se le garantizan sus derechos fundamentales a la salud y al libre desarrollo de la personalidad de la misma manera que a los otros afiliados que no son transexuales.

Con base en lo anterior, el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá afirmó no haber desconocido los derechos fundamentales del brigadier general CARLOS ALBERTO RINCÓN ARANGO, en su condición de Director de Sanidad del Ejército Nacional, pues sus actuaciones simplemente se han limitado a exigir el cumplimiento de una orden judicial y de garantizar los derechos constitucionales que le asisten a Isabella Castellanos Leguizamón.

4. La Dirección General de Sanidad Militar afirmó que se abstenía de emitir pronunciamiento alguno en relación con la presente demanda de amparo, toda vez que la dependencia vinculada con la orden de tutela cuestionada es la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, que es una entidad distinta de aquella que ahora se pronuncia en el marco de este mecanismo de amparo. Así, por concretarse el fenómeno de la falta de legitimación en la causa por pasiva, la Dirección General de Sanidad Militar solicitó su desvinculación de este trámite constitucional.

5. A continuación, el Hospital San José afirmó que conoce del caso de Isabella Castellanos Leguizamón, a quién ha venido valorando de manera particular dada la renuencia de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional en asumir el tratamiento que ella requiere en atención a su diagnóstico de disforia de género. Del mismo modo, indicó que, si bien es cierto que ese Hospital no hace parte de la red de prestadores de la Dirección de Sanidad prenombrada, la verdad es que la orden contenida en el fallo del 23 de octubre exige que el

tratamiento sea prestado en ese Hospital y que, a tal efecto, el departamento de contratación de esa I.P.S. remitió a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional las cotizaciones de los tratamientos que requiere Castellanos Leguizamón, junto con las respectivas órdenes de los médicos tratantes.

Agregó que los galenos que han atendido a la paciente han manifestado que las cirugías que ella requiere no son de carácter estético sino reconstructivo y que, de todas maneras, el caso de la paciente ya fue estudiado por una Junta Médica Quirúrgica de Cirugía Maxilofacial, que determinó el diagnóstico y los procedimientos para el tratamiento de la disforia de género en cuanto a la feminización de los rasgos faciales. Por lo anterior, afirmó que ese Hospital ha cumplido con todos los mandatos y obligaciones legales y contractuales que tiene frente a Isabella Castellanos Leguizamón, en tanto le ha suministrado servicios de alta calidad y le ha emitido las incapacidades del caso.

Por estas razones, y luego de concluir que esa institución no ha afectado los derechos fundamentales de ninguna de las partes involucradas en el presente procedimiento constitucional, el Hospital San José demandó ser desvinculado de este mecanismo de amparo.

6. Por último, Isabella Castellanos Leguizamón, de manera directa, manifestó que esta acción constitucional es una más de las variadas estrategias que ha desplegado la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional para sustraerse del cumplimiento de la orden de tutela que fue dada por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá en la sentencia de 23 de octubre de 2020. De cara a los hechos y argumentos que fueron manifestados en el escrito inicial de este proceso de amparo, afirmó lo siguiente: (i) de acuerdo con la Resolución 4519 de 2016, emitida por el Ministerio de Defensa Nacional, los Directores de Sanidad de cada fuerza son competentes para celebrar convenios con entidades públicas y privadas, como lo es el Hospital San José; (ii) de todas formas, en la sentencia de tutela del 23 de octubre no se le ordenó a la dependencia accionante que realizara el tratamiento de manera directa, sino

que simplemente autorizara su práctica en el Hospital San José; (iii) respecto del principio de libertad de escogencia, afirmó que el mismo corresponde a la regla general en lo que concierne a la contratación de I.P.S. por parte de las E.P.S., sin embargo, dicha regla se exceptúa cuando la red de prestadores de una determinada E.P.S. no tiene la capacidad técnica de prestar unos determinados servicios médicos que pueda llegar a requerir un paciente determinado; (iv) para el caso de la red de prestadores de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, afirmó que ninguna de las clínicas que la componen (incluyendo el Hospital Militar Central) tienen una Clínica de Género, o cuentan con especialistas en el tratamiento de personas transgénero, como lo es Isabella Castellanos Leguizamón; (v) al respecto, manifestó que en Colombia existen tres clínicas que se especializan en el tratamiento de personas transgénero, y una de ellas es el Hospital San José y (vi) que, en cualquier caso, el procedimiento que se ha seguido como consecuencia del incidente de desacato que ella instauró con la intención de obtener el cumplimiento de la orden de tutela contenida en el fallo del 23 de octubre de 2020, ha estado apegado al ordenamiento jurídico y ha sido garante de los derechos fundamentales de todos los involucrados.

Así las cosas, y después de afirmar que varios de los hechos y argumentos presentados en el escrito de tutela son falsos, y que sobre la presente demanda de amparo se configura el fenómeno de la temeridad (en tanto tiene como objetivo que una dependencia pública se abstraiga del cumplimiento de una orden de tutela), Isabella Castellanos Leguizamón demandó que se denieguen todas las pretensiones formuladas en el escrito inicial, que se declare la temeridad del presente amparo y que, en consecuencia, se compulsen copias y se impongan las sanciones a las que haya lugar.

7. Visto lo anterior, en sentencia del 19 de mayo de 2021, la Sala de Casación Laboral de esta Corporación determinó negar la acción de tutela instaurada por el brigadier general CARLOS ALBERTO RINCÓN ARANGO, con fundamento en los siguientes argumentos: (i) que la presente acción constitucional no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU-034 de 2018 a efectos de que el amparo pueda proceder en contra de una sanción por

desacato; (ii) que no se cumple con el principio de subsidiariedad en la medida que la entidad accionante no agotó todos los recursos con los que contó en el proceso de tutela para controvertir la decisión que ahora la encarta, lo que implica que este actuó con incuria; (iii) que, de todas formas, los autos de desacato cuestionados se advierten adoptados conforme a derecho, lo que implica que la decisión no corresponde a un capricho o arbitrariedad de las autoridades accionadas y (iv) que, en conclusión, es evidente que la motivación de la interposición del presente mecanismo constitucional no es lograr la satisfacción de un derecho fundamental presuntamente vulnerado, sino obtener una autorización judicial para desentenderse o sustraerse del cumplimiento de una orden de tutela que lo obliga.

8. Inconforme con la decisión anterior, el brigadier general CARLOS ALBERTO RINCÓN ARANGO impugnó la sentencia del 19 de mayo de 2021, en escrito en el que manifestó las siguientes razones: (i) que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional no pretende obstruir el cumplimiento de aquello que fue ordenado en la sentencia de tutela del 23 de octubre de 2020; (ii) que simplemente requiere que se ordene la modulación de la sentencia de tutela en el sentido de permitir que el tratamiento que requiere Isabella Castellanos Leguizamón sea prestado en el Hospital Militar Central; (iii) que, en cualquier caso, ellos requieren hacer una valoración previa de la paciente, con el objeto de poder acatar el fallo de tutela, y el Juzgado accionado, so pretexto de que ello es una traba para el cumplimiento de dicha orden, no lo ha permitido; (iv) que no está acorde con el ordenamiento jurídico forzar a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional a celebrar un convenio con el Hospital San José, con el solo objetivo de atender a una sola paciente, pues ello desconoce el principio de libre escogencia y podría implicar la comisión del delito de prevaricato y (v) que sí están dados los presupuestos de la procedencia de la tutela en contra de las decisiones emitidas en el marco de un incidente de desacato pues, como quedó ampliamente demostrado en la demanda de amparo, la orden contenida en la sentencia del 23 de octubre de 2020 es imposible de cumplir en sentido jurídico.

9. La impugnación les fue concedida mediante auto del 18 de junio de 2021.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 1º y el artículo 2º del Decreto 333 de 2021, en armonía con lo establecido en el artículo 44 del Acuerdo 006 de 2002, esta Sala es competente para conocer de la presente impugnación, por haberse presentado en contra de una sentencia de tutela emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que toda persona tiene derecho a promover la acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando, por acción u omisión, le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, si existe, cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3. Vistos los antecedentes que obran al interior de este expediente, considera la Sala que debe entrar a determinar si se han visto afectados los derechos fundamentales del brigadier general CARLOS ALBERTO RINCÓN ARANGO como consecuencia del trámite que se le ha impreso al incidente de desacato que instauró Isabella Castellanos Leguizamón para obtener el cumplimiento de la orden de tutela contenida en la sentencia del 23 de octubre de 2020, emitida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá.

4. Ahora bien, lo primero que debe indicarse es que la jurisprudencia constitucional, de manera reiterada, ha indicado que la acción de tutela no procede contra sentencias de tutela, pues “el mecanismo constitucional diseñado para controlar las sentencias de tutela de los jueces constitucionales que conocen y deciden sobre las acciones de tutela, por decisión del propio Constituyente, es el de la revisión por parte de la Corte Constitucional”<sup>2</sup>. En este sentido, los errores de los jueces de instancia son susceptibles de ser conocidos y

corregidos por ese Tribunal Constitucional en sede de revisión.

La importancia de evitar que toda sentencia de tutela pueda recurrirse mediante una nueva tutela radica en la necesidad de brindar una protección cierta, estable y oportuna a las personas cuyos derechos fundamentales han sido conculcados, con el propósito de que el conflicto no se prolongue indefinidamente en desmedro de la seguridad jurídica como del goce efectivo de las garantías constitucionales<sup>3</sup>.

Sin embargo, tratándose de solicitudes de amparo en contra de providencias proferidas en el trámite de un incidente de desacato, el análisis parte del reconocimiento de que el legislador no previó otros medios de impugnación destinados a controvertir lo decidido por el juez de conocimiento, en relación con la conducta desplegada por el obligado por el fallo de tutela para la satisfacción de las órdenes allí impartidas. En ese sentido, la Corte Constitucional ha recalcado que el auto que pone fin al incidente de desacato no es susceptible de apelación<sup>4</sup>. Sin embargo, en caso de que la decisión consista en sancionar al conminado, forzosamente el superior funcional del juez evaluará en grado jurisdiccional de consulta la determinación adoptada por el a quo y, si no existe reparo alguno, aquella quedará en firme<sup>5</sup>.

En este contexto, previo a ventilar mediante acción de tutela cualquier eventual vulneración acaecida en la instrucción de un desacato, es condición sine qua non que el auto que pone fin al trámite esté debidamente ejecutoriado: “Tal exigencia tiene que ver tanto con las amplias facultades con que cuenta la autoridad judicial para materializar las órdenes de protección impartidas y garantizar los derechos fundamentales de quienes intervienen en el trámite incidental como con el hecho de que las partes puedan hacer valer sus argumentos y reclamar la práctica de las pruebas que correspondan en ese escenario. Para esta Corporación, tales aspectos hacen inadmisibles las tutelas que se dirigen contra decisiones distintas a las que le ponen fin al incidente”<sup>6</sup>.

Aunado a lo anterior, en la jurisprudencia se ha consignado, como presupuesto material, que la acción de tutela sólo procede de forma excepcional cuando se materializa una vulneración del debido proceso de las partes<sup>8</sup>. Ello tiene lugar, por ejemplo, cuando “el juez del desacato se extralimita en el cumplimiento de sus funciones, cuando vulnera el derecho a la defensa de las partes o cuando impone una sanción arbitraria”<sup>9</sup>, incursionando el funcionario judicial, por esa vía, en alguna de las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En tal sentido, el juez constitucional que asuma el conocimiento de una acción de tutela enfilada contra providencia dictada en el curso de un incidente de desacato sólo está autorizado para examinar la observancia del debido proceso al interior del trámite y la adecuación de la decisión adoptada en virtud del mismo, mas no puede revisar, cuestionar y/o modificar la decisión de tutela, el alcance o contenido sustancial de las órdenes impartidas por el juez de la tutela primigenia -salvo que aquella sea de imposible cumplimiento o ineficaz para garantizar la efectividad del derecho fundamental amparado<sup>10</sup>-, pues se trata de un debate que ya fue zanjado, de suerte que en el ejercicio de sus atribuciones ha de ceñirse al trámite incidental objeto de estudio.

En otras palabras, la Corte Constitucional ha puesto de relieve que las acciones de tutela que se presentan en estos eventos no pueden cuestionar los juicios y valoraciones en los que se basó la sentencia de tutela que sirvió como parámetro para decidir el incidente de desacato o la solicitud de cumplimiento, en la medida en que ello ha hecho tránsito a cosa juzgada<sup>11</sup>. Por ello, al momento de evaluar si se estructuró una violación iusfundamental con ocasión de un incidente de desacato, el juez debe verificar si la decisión que puso fin al trámite incidental estuvo precedida de todas las garantías procesales y si su contenido se ajustó, o no, a lo ordenado en la sentencia de tutela inicial, para pasar a determinar si se configuran los supuestos de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

Esta frontera a la actuación del juez de tutela, que se impone en beneficio del debido

proceso de los intervinientes, guarda una estrecha relación con el deber en cabeza del promotor de la acción de tutela de circunscribir su censura constitucional a los reproches que previamente haya planteado en el marco del trámite incidental. Así, adicionalmente, la procedencia de la acción de tutela en este ámbito está condicionada desde un punto de vista sustantivo a las siguientes pautas: “(i) los argumentos del accionante en el trámite del incidente de desacato y en la acción de tutela deben ser consistentes; (ii) no deben existir alegaciones nuevas, que debieron ser argumentadas en el incidente de desacato; y (iii) no se puede recurrir a la solicitud de nuevas pruebas que no fueron originalmente solicitadas y que el juez no tenía que practicar de oficio”<sup>12</sup>.

En suma, se tiene que la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional sostiene que para enervar mediante acción de tutela la providencia que resuelve un incidente de desacato, es preciso que se reúnan los siguientes requisitos<sup>13</sup>:

(i) Que la decisión dictada en el trámite de desacato se encuentre ejecutoriada; es decir que la acción de tutela es improcedente si se interpone antes de finalizado el trámite -incluido el grado jurisdiccional de consulta, si es del caso-.

(ii) Que se acrediten los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y se sustente, por lo menos, la configuración de alguna de las causales específicas.

(iii) Que los argumentos del promotor de la acción de tutela deben ser consistentes con lo planteado por él en el trámite del incidente de desacato, de manera que (a) no debe traer a colación alegaciones nuevas, que dejó de expresar en el incidente de desacato, y (b) no puede solicitar nuevas pruebas que no fueron pedidas en un principio dentro del desacato y que el juez no tenía que practicar de oficio.

5. Descendiendo al caso concreto que ahora concita la atención de la Sala, es necesario indicar, desde ahora, que la sentencia recurrida será confirmada en atención a las

siguientes circunstancias:

i. En primer lugar, es cierto que el presente mecanismo de amparo no cumple con los presupuestos establecidos en la sentencia SU-034 de 2018, en la medida en que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional no ha demostrado -o siquiera argumentado- que sobre el auto que sanciona por desacato al señor general CARLOS ALBERTO RINCÓN ARANGO se materialice alguna causal específica de procedencia de la tutela en contra de providencias judiciales.

ii. Aunque el cumplimiento de la orden contenida en la sentencia del 23 de octubre de 2020 ofrezca algunas dificultades propias del régimen legal y de la estructura administrativa que caracteriza a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, lo cierto es que ella no es material o jurídicamente imposible de cumplir, en atención a los siguientes argumentos generales:

(a) El principio de libertad de escogencia que invoca el demandante no es un principio absoluto. Eventualmente puede exceptuarse cuando, entre otras cosas, se encuentra demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la E.P.S. para suministrar un servicio a través de sus I.P.S.14.

(b) Del mismo modo, la Corte Constitucional ha establecido que son vinculantes las órdenes proferidas por un profesional de la salud que no hace parte de la entidad a la que se encuentra vinculado el usuario, cuando: “(i) la EPS conoce la historia clínica particular de la persona y al conocer la opinión proferida por el médico que no está adscrito a su red de servicios, no la descarta con base en información científica; (ii) los profesionales de la salud adscritos a la EPS valoran inadecuadamente a la persona que requiere el servicio; (iii) el paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la EPS y (iv) la EPS ha valorado y aceptado los conceptos rendidos por los médicos que no están identificados como ‘tratantes’, incluso en entidades de salud

prepagadas, regidas por contratos privados.”<sup>15</sup>. De ese modo, cuando se configura alguna de esas hipótesis, el concepto médico externo vincula a la entidad promotora de salud y la obliga a confirmarlo, descartarlo o modificarlo con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto<sup>16</sup>.

(c) Por último, de cara al acceso a la salud de las personas transgénero, la Corte Constitucional también ha indicado que, para que estas personas puedan acceder a un procedimiento quirúrgico de reafirmación de identidad sexual y de género, a través del sistema de salud, es necesario que sean valoradas por su médico tratante, que para el efecto es la junta médica multidisciplinaria que se compone para hacer la valoración y seguimiento en cada caso concreto; a fin de que estos especialistas ordenen, con base en la mejor experiencia médica disponible y en la historia clínica del usuario o la usuaria interesada, los procedimientos que necesita la persona de acuerdo con su idoneidad física y mental, y sin poner en riesgo su integridad<sup>17</sup>.

iii. En el caso que ahora es sometido a conocimiento de la Corte, está claramente demostrado que la situación de Isabella Castellanos Leguizamón ya fue estudiada por el médico especialista en el tratamiento de disforia de género del Hospital San José; galeno que determinó el tratamiento que debía seguir la paciente, y que incluye la participación de un equipo interdisciplinario de medicina especializada y consultas por psiquiatría, endocrinología, urología, ginecología y cirugía plástica. Igualmente, se determinó que, adicional a la disforia, ella presenta una “alteración en el crecimiento de los maxilares, caracterizada por un perfil facial convexo, con una clase esquelética II, retrognatismo y micrognatismo mandibular, retrusión del tercio medio y mordida abierta anterior”; lo que implica que ella también requiere de “ortodoncia prequirúrgica, cirugía bimaxilar de osteotomía Le Fort I de impactación asimétrica y osteotomía sagitales de mandíbula, con avance de mentón y ortodoncia postquirúrgica”. Del mismo modo, se afirmó que también es necesario realizar una “rinoplastia posterior a su cirugía ortognática y una feminización del tórax”. En el concepto del médico tratante que viene de reseñarse, se hizo especial énfasis

en que “estas cirugías no son catalogadas, por su condición de género y por su alteración en el crecimiento de los maxilares, como cirugías estéticas, sino que se consideran como cirugías reconstructivas”.

iv. De acuerdo con el dicho del Juzgado, del Hospital San José y de la propia Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, esta última dependencia conoce tanto la historia clínica de la paciente, como el concepto médico que viene de resumirse, sin que a la fecha lo haya descartado con base en información científica. Del mismo modo, no se ha acreditado que el Hospital Militar Central cuente con médicos especialistas en el tratamiento de la disforia de género. Tal circunstancia explicaría las dificultades que refirió Isabella Castellanos Leguizamón a la hora de acudir a las citas que le fueron programadas con los profesionales de la medicina adscritos a esa entidad.

v. Por lo anterior, la Sala considera que las órdenes médicas que le fueron expedidas a la paciente en el Hospital San José son vinculantes para la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional. Si a ello se le suma el hecho de que, por disposición reglamentaria, la entidad accionante tiene capacidad de contratar con las I.P.S. que presten la atención médica especializada que requieren sus afiliados, es factible concluir que, en efecto, la orden contenida en la sentencia del 23 de octubre de 2020 no es de imposible cumplimiento y, en consecuencia, la D.I.S.A.N está llamada a cumplirla a cabalidad.

Sin embargo, dada la evidencia de la naturaleza pública de los recursos que maneja la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, también resulta razonable que esa Dirección pueda ajustar sus procedimientos administrativos para dar cumplimiento al fallo de tutela que le impone la obligación de incurrir en los gastos que conlleva la contratación de servicios externos con una IPS distinta de las que componen el sistema de Sanidad del Ejército Nacional.

Por las razones anteriores, y con estas precisas aclaraciones, esta Sala confirmará la

providencia objeto de impugnación y, en consecuencia, denegará las pretensiones que fueron formuladas tanto en la demanda de tutela inicial como en el escrito de alzada.

En mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS No. 2 DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE

1. CONFIRMAR, por las razones aquí anotadas, la sentencia STL6495-2021 del 19 de mayo de 2021, emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por las razones que vienen de reseñarse.
2. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO QUINTERO BERNATE

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 La sanción consistía en 3 días de arresto y 1 s.m.m.l.v. de multa.

2 Sentencia SU-1219 de 2001.

3 Ibidem.

4 Puntualmente sobre este aspecto, la sentencia C-243 de 1996, estableció que “la correcta interpretación y alcance del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, parcialmente demandado de inexequibilidad, no puede ser otro que el que se deduce de su tenor literal y del sentido natural y obvio de sus palabras: es decir, consagra un trámite incidental especial, que concluye con un auto que nunca es susceptible del recurso de apelación, pero que si dicho auto es sancionatorio, debe ser objeto del grado de jurisdicción llamado consulta, cuyo objeto consiste en que el superior jerárquico revise si está correctamente impuesta la sanción, pero que en sí mismo no se erige como un medio de impugnación. Y ello es así por cuanto el trámite de la acción de tutela es un trámite especial, preferente y sumario que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales, lo cual implica una especial relevancia del principio de celeridad.” La improcedencia del recurso de apelación contra la decisión que resuelve un incidente de desacato es también descrita con amplitud en la sentencia T-533 de 2003.

5 Sentencia T-766 de 1998.

6 Sentencia T-254 de 2014.

7 Sentencia SU-034 de 2018.

8 Sentencias T-533 de 2003 y T-010 de 2012.

9 Sentencia T-1113 de 2005.

10 Sentencia T-083 de 2003.

- 11 Sentencia T-482 de 2013.
- 12 Sentencia T-1113 de 2005.
- 13 Recopilados en la sentencia SU-034 de 2018.
- 14 Sentencia T-231 de 2021.
- 15 Sentencia T-508 de 2019.
- 17 Sentencia T-231 de 2021.