

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Magistrado Ponente

STP13852-2023

Radicación n°. 134300

Acta 236

Bogotá, D.C., cinco (05) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

I. VISTOS

Al trámite se vinculó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Previsora S.A., y a la Superintendencia Nacional de Salud.

II. ANTECEDENTES

2. Fueron relatados por el a quo, así:

“Expuso la precitada que se encuentra afiliada a la citada EPS y presenta diagnóstico de hipotonía severa del esfínter anal interno y externo con incontinencia fecal permanente, el cual ha venido siendo tratada por el coloproctólogo Jorge Mario Castro Beltrán adscrito a la IPS de la Clínica Medicadiz, quien ordenó la implantación de electrodos de estimulación espinal vía percutánea y neuroestimulador espinal vía percutánea.

Expresó que los citados procedimientos fueron autorizados por la EPS Emcosalud para el 31 de enero del 2023 en la Clínica Medicadiz, pero al asistir el día de la implantación de electrodos y el neuroestimulador, no se efectuó ni tampoco se reprogramó, porque el trámite está a la espera de su cumplimiento con el Proceso 20222100014096902 en la Superintendencia Nacional de Salud.

Adujo que, por oficio del 11 de Julio de 2023, el Magisterio notificó a la Superintendencia de Salud, reconociendo los inconvenientes que se presentaron el día de la cirugía garantizando agilidad y celeridad en la gestión para reprogramar ese servicio, y que, en la base de datos de la última entidad, se registró como paciente en riesgo de vida conforme a la clasificación de su condición clínica.

Señaló que, ante dicha situación y el retraso e incumplimiento de la EPS Emcosalud Unión Temporal Tolihuala presentó acción de tutela, la que le correspondió al Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, la cual fue negada, fallo que fue revocado por la Sala Penal de este Tribunal, habiéndole amparado el derecho al diagnóstico.

Indicó que ante el incumplimiento del citado fallo, presentó incidente de desacato en el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, el cual consideró que se había dado cumplimiento al mismo, al indicar que la EPS Emcosalud Unión Temporal Tolihuala entregó la remisión para el Hospital San José de Bogotá D.C., con la finalidad de que fuera valorada por primera vez por la especialidad de Coloproctología, desconociendo el criterio jurídico que fue objeto de análisis y estudió por parte del Tribunal cuando concedió el derecho al diagnóstico, por cuanto siempre ha sido atendida en Ibagué.

Consideró vulnerados sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, salud y vida, y solicitó que se dé cumplimiento al fallo emitido por la Sala Penal de este Tribunal, para que se continúe el manejo indicado por el coloproctólogo Jorge Mario Castro Beltrán en

Ibagué”.

III. EL FALLO IMPUGNADO

3.- El 25 de octubre de 2023 la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué negó la solicitud de amparo, con fundamento en lo siguiente:

“....El auto emitido por el Juzgado accionado el 20 de septiembre de 2023, no se muestra caprichoso ni arbitrario, por el contrario, se encuentra debidamente sustentado, en el cual se argumentó en forma adecuada porque la Unión Temporal Toliuila le estaba dando cumplimiento al fallo de tutela emitido por la Sala Penal de este Tribunal y no era procedente emitir sanción, trámite en que se agotaron las etapas pertinentes, se analizaron las pruebas que allegaron, habiendo concluido de forma coherente; providencia que en manera alguna vulnera los derechos constitucionales fundamentales de la actora; en consecuencia, se negará la tutela”

IV. LA IMPUGNACIÓN

4.- NOHELIA MONSALVE ÁVILA, inconforme con la decisión interpuso impugnación y reiteró lo consignado en el escrito de tutela, manifiesta que no es cierto que cuente con los recursos económicos necesarios que se requieren para desplazarse a la ciudad de Bogotá y atender la cita médica asignada con el especialista del Hospital San José, realiza una amplia explicación frente a sus ingresos económicos y los de su esposo.

4.1. Solicita la protección de sus derechos fundamentales a la salud, la vida y el debido proceso, adicionalmente pide que:

Teniendo en cuenta la afirmación de la EPS EMCOSALUD-TOLIHUILA de que no me puede ser asignada la cita en Ibagué con el coloproctólogo tratante pido se entregue la remisión de la Orden quirúrgica ambulatoria autorizada para la ejecución del Procedimiento médico que

entregó el Coloproctólogo Jorge Mario Castro Beltrán como única alternativa para mejorar mi condición de salud y preservar mi vida conforme al DIAGNÓSTICO con la Implantación de electrodos de Estimulación Espinal Vía percutánea 039306 y Neuroestimulador Espinal Vía percutánea 039309 a la Unidad de Cirujanos del Hospital San José garantizando la EPS EMCOSALUD todos los gastos y costos que demanda este traslado ya que como lo manifesté en los hechos no cuento con estos recursos financieros para poder hacerlo.

IV. CONSIDERACIONES

a. Competencia

5. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017 y el Decreto 333 de 2021, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la demanda de tutela instaurada por CLARA MARCELA ARDILA LÓPEZ, contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué.

b. Problema jurídico

5.- ¿El Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué incurrió en la configuración de algún defecto específico, con la emisión del auto del 20 de septiembre de 2023, en el que dio por cumplido la orden de tutela, al considerar que la misma iba encaminada a que la accionante se le realizará valoración con la participación de diferentes especialistas para establecer el trámite a seguir, mas no que practicara en Ibagué y menos con el médico Jorge Mario Castro Beltrán, disposición emitida en el fallo de tutela del 17 de agosto de 2021, en el CUI 73001-31-87-005-2023-00042-01?

6.- Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala (i) reiterará las reglas jurisprudenciales sobre la metodología de análisis de la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) la configuración de los «requisitos generales» de

procedibilidad con respeto al fallo objetado; y, (iii) finalmente, analizará las censuras del recurrente.

7 Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias de la misma naturaleza

7.1.- La Corte Constitucional ha precisado que la acción de tutela contra providencias judiciales es un mecanismo excepcional, de tal forma que, su aplicación no puede generar afectaciones a la seguridad jurídica ni a la autonomía funcional de los jueces.

7.2.- Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia CC C-590 de 2005 expresó que la tutela contra providencias judiciales es excepcionalísima y solo procede cuando se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad: unos de carácter general, que habilitan la interposición de la acción y otros de carácter específico, relacionados con la procedencia del amparo.

7.4.- Por su parte, los «requisitos o causales específicas» hacen referencia a determinados escenarios especiales que afectan la integridad de la decisión judicial y que justifican la intervención del juez constitucional para salvaguardar los derechos fundamentales. En este sentido, para que prospere una tutela contra una providencia judicial se requiere que se presente, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos: defecto orgánico; procedimental absoluto; defecto fáctico; defecto sustantivo; error inducido; falta de motivación; desconocimiento del precedente; o violación directa de la Constitución. En caso de que, luego de realizar el análisis de fondo, se advierta la configuración de uno o más de estos defectos o vicios, lo que sigue por parte del juez constitucional es conceder el amparo y, en caso contrario, negarlo.

8.- A pesar de que hoy estos parámetros son aceptados en las diferentes jurisdicciones, es

necesario insistir en que ellos definen una metodología estricta de análisis frente a las tutelas contra providencias judiciales. Así, en primer lugar, deben analizarse siempre y en orden los «requisitos generales» de procedibilidad. La ausencia de uno solo de ellos supone necesariamente la declaratoria de improcedibilidad de la acción. Si, por el contrario, concurren los requisitos generales, en segundo lugar, lo que sigue es el análisis de la(s) «causal(es) específica(s)» de procedencia que eventualmente se configure(n) de acuerdo con los hechos y particularidades de cada caso. Si el juez constitucional encuentra acreditada al menos una de esas causales, lo que procede entonces es conceder el amparo solicitado.

9.- El anterior marco de procedencia es extensivo para las decisiones de fondo adoptadas al interior de los incidentes de desacato, en el evento de constatarse una vulneración o amenaza a los derechos fundamentales del sancionado (CC T-059 de 2015). En ese sentido, el juez que conoce de la tutela contra las providencias que resuelven un trámite incidental en materia constitucional, deberá verificar, además de lo anterior, lo siguiente:

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

(ii) que los argumentos del promotor de la acción de tutela sean 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 (CC SU-034 de 2018).

d. Análisis de la configuración de los «requisitos generales» de procedibilidad

10.- En el caso concreto las partes están legitimadas por pasiva y por activa. Lo primero, porque la acción de tutela se dirige contra la autoridad judicial que profirió la providencia

cuestionada. Lo segundo, porque fue promovida por el directamente afectado.

11.- Además, (i) el asunto es de relevancia constitucional por cuanto involucra el derecho fundamental al debido proceso; (ii) no se alega una irregularidad procesal sino una cuestión sustancial; (iii) en la acción de tutela se identificaron de manera razonable los hechos que generaron la vulneración como los derechos afectados; (iv) la demanda no se dirige contra una sentencia de tutela sino contra el auto que resolvió un incidente de desacato, (v) el amparo se propuso de forma oportuna; y, (vi) contra el auto objetado no procede recurso.

12. Del auto del 20 de septiembre de 2023 -ausencia configuración de un defecto específico

12.1.- NOHELIA MONSALVE ÁVILA acudió al amparo para objetar el auto del 20 de septiembre de 2023 emitido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, que dio por cumplida la orden de tutela, al considerar que la misma iba encaminada a que a la accionante se le realizará valoración con la participación de diferentes especialistas para establecer el trámite a seguir, mas no que practicara en Ibagué y menos con el medico Jorge Mario Castro Beltrán, disposición emitida en el fallo de tutela del 17 de agosto de 2021, en el CUI 73001-31-87-005-2023-00042-01.

13.- En el fallo citado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, en segunda instancia resolvió revocar el fallo de primera instancia emitido el 4 de julio del año en curso, por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, para en su lugar amparar el derecho fundamental a la salud de NOHELIA MONSALVE ÁVILA, en consecuencia, le ordenó en dicha providencia:

Primero: Revocar el fallo el 4 de julio de 2023 y en su lugar, conceder el amparo al derecho a la salud desde la perspectiva del diagnóstico a la señora Nohelia Monsalve Ávila.

Segundo: Ordenar que la EPS EMCOSALUD UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA, a través de un

equipo interdisciplinario que incluya, entre otros, a un psiquiatra, neurólogo y coloproctólogo adscritos a la EPS, en un término de diez (10) días siguientes a la notificación del fallo, valoren a la señora Nohelia Monsalve Ávila y determine el procedimiento a seguir para los padecimientos de la accionante respecto a la hipotonía severa del esfínter anal, incontinencia fecal en trauma postparto, gastritis eritematosa antras, migraña complicada, trastorno mixto de ansiedad y depresión. Luego de lo cual, se ordena a la EPS EMCOMSALUD – UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA realizar el procedimiento médico indicado, en un término no mayor a 15 días

14.- Una vez el juzgado de primera instancia conoció de la solicitud de la actora en la cual informaba del incumplimiento de la anterior orden, efectuó los requerimientos correspondientes y, finalmente, en auto del 20 de septiembre de 2023, dispuso:

“Primero: Declarar que TolihUILA por intermedio de su representante legal, dio cumplimiento al fallo de tutela del 17 de agosto de 2023, de conformidad con los argumentos esbozados en la presenta providencia.

Segundo: No imponer sanción alguna al representante legal de TolihUILA, como consecuencia de la decisión procedente.

(...)”.

15.- En esa ocasión, sostuvo, que de acuerdo a las pruebas aportadas por EPS EMCOMSALUD – UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA comprobó que, luego de proferido el fallo del 17 de agosto de 2023, contrario a lo manifestado por la accionante no se ha desconocido sus derechos a la salud y seguridad social, pues el fallo de segunda instancia ordena una nueva valoración con las especialidades en mención, con la prioridad del coloproctólogo para garantizar su derecho al diagnóstico, sin que se hubiere dispuesto realizar el procedimiento ordenado en su momento por el Dr. Jorge Mario Castro y en la ciudad de Ibagué.

16.- A partir de lo anterior, determinó que la parte incidentada cumplió con la orden que se le impuso en fallo de la tutela, por cuanto se conoció que:

“...El Doctor Diego Andrés Cabrera Ramos, en calidad de representante legal suplente de la entidad, en escrito allegado al expediente digital el día 13 de septiembre 2023, señala que, con el fin de dar cumplimiento a la orden tutelar, se programó para el día 12 de septiembre del año en curso, cita médica con la especialidad de coloproctología en la ciudad de Bogotá el 12/09/2023 a las 2:40 pm en el hospital San José de Bogotá, con el Dr. Nelson Antonio Niño. En atención a que conforme a la lex artis no sería viable la mezcla de dichas especialidades, sin previa pertinencia medica del especialista de Coloproctología, generando inclusive mayores demoras y retrasos para la realización del procedimiento quirúrgico que se requería de acuerdo a su cuadro clínico.

Ahora bien, teniendo en cuenta los motivos que llevaron a la interposición del presente incidente de desacato, se evidencia que este se centra en la no realización de dicha consulta en la ciudad de Ibagué, no obstante, debe manifestar que en la red de servicios de Tolima se tiene la dificultad de contar con un coloproctólogo y esta con prioridad de casos oncológicos, razón por la cual, con el fin de garantizar el principio de accesibilidad y oportunidad, se activa red alterna y se dirige a SOCIEDAD DE CIRUGIA DE SAN JOSE DE BOGOTÁ, donde un especialista en Coloproctología la valorara y determinará el plan de manejo y conducta clínica a seguir de forma oportuna y acorde a las necesidades clínicas del paciente...”

17.- Igualmente, el incidentado destacó que:

“...La paciente debería asistir a valoración por coloproctología en dicha entidad de IV nivel habilitada y con altos estándares de calidad, no continuar dilatando por su decisión las conductas médicas con requerimientos judiciales que distan mucho de su actual condición clínica.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que para poder realizar los procedimientos quirúrgicos pretendidos se requiere de la valoración directa por parte del especialista en coloproctología que realizará directamente este, es decir, toda vez que, conforme a la lex artis ningún profesional puede hacer ningún procedimiento mientras NO exista una valoración directa por parte de aquel, tornándose indispensable la asistencia por parte de la paciente a la consulta programada el 12 de septiembre del presente año.

Para tal efecto, se considera prudente traer a colación el manual de derechos y obligaciones de los usuarios del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual contrae expresamente la obligación de estos respecto a la ASISTENCIA a las consultas médicas y especializadas autorizadas y programadas por mi representada, así como al acatamiento de las prescripciones médicas, concretamente la ordenación por la especialidad de coloproctología el pasado 23 de agosto de 2023...”

18.- Finalmente, el juzgado refirió lo siguiente:

“La actora en llamada telefónica al abonado 3227568702 se pudo constatar que la misma no asistió a la cita programada por su EPS, pese haber sido notificada y enterada en debida forma. Argumentando la obligación de la EPS de ser tratada en esta ciudad, situación que no puede ser objeto de acogida por este despacho, en atención a que median situaciones de fuerza mayor y que fueron expuestos por parte la accionada, que priorizan sujetos de especial protección constitucional, como son los pacientes oncológicos.

Finalmente manifestó la incapacidad económica para desplazarse, frente a lo cual este despacho con las pruebas aportadas al escrito de tutela e incidente de desacato, verifica que la accionante vive en el barrio piedra pintada de esta ciudad, cuyo estrato socioeconómico es 3, que su esposo es pensionado del Magisterio y en la actualidad se encuentra representada por apoderado de confianza. Mas sin embargo y al encontrarse en una situación económica que no le permita hacer dichos desplazamientos puede elevar

solicitud en ese sentido a su entidad prestadora del servicio de salud, en atención a que está saliendo de su sitio de domicilio y se causan erogaciones adicionales.

Igualmente es necesario precisar que se predica la posibilidad que tiene el usuario de escoger la EPS de su preferencia para acceder a los servicios de salud, así como las entidades prestadoras de servicios de salud, tiene la libertad de escoger las IPS o profesionales por intermedio de los cuales se van a prestar los servicios médicos contratados...”

19.- Ante este panorama, la Sala no advierte ninguna irregularidad en el auto emitido por el Juzgado 5º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué que es objetado, toda vez que EPS EMCOMSALUD – UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA cumplió con la orden constitucional emitida el fallo del 17 de agosto de 2023 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, ya que se programó para el día 12 de septiembre del año en curso, cita médica con la especialidad de coloproctología en la ciudad de Bogotá, el 12/09/2023 a las 2:40 pm en el hospital San José de Bogotá con el Dr. Nelson Antonio Niño.

20.- Así las cosas, se advierte que la controversia de la demandante gira sobre la no asignación de dicha cita en la ciudad de Ibagué, argumentando la obligación de la EPS de ser tratada en esta ciudad, además que no cuenta con los recursos económicos para dicho traslado a la ciudad de Bogotá, temática que escapa a las funciones del juez de tutela. La orden constitucional fue en el sentido de asignar una nueva valoración, con la prioridad del coloproctólogo y garantizar su derecho al diagnóstico, sin que se hubiere dispuesto realizar el procedimiento ordenado en su momento por el Dr. Jorge Mario Castro y en la ciudad de Ibagué, lo cual fue comprobado por el juzgado accionado.

21.- Se destaca que el juez constitucional no determinó el lugar, ni el especialista que debía atender a la señora NOHELIA MONSALVE ÁVILA, como al parecer lo entiende la actora, igualmente no se discutió en dicha providencia lo referente a «los gastos y costos que

demanda el traslado», en caso tal que la cita de valoración se diera en otro lugar diferente al de reside la actora. Así, las nuevas inconformidades de la accionante, no podían ser ventiladas mediante el incidente de desacato, ya que esa temática desborda la protección constitucional dispuesta en sentencia del 17 de agosto de 2023, pues se trata de unos hechos nuevos, que no fueron evaluados en su oportunidad, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué.

22.- Desde esta óptica, razón le asistió al juzgado accionado al estimar que la parte incidentada no se había sustraído de las obligaciones impuestas en la orden constitucional; por tanto, la Sala no observa que la autoridad que conoció del incidente de desacato promovido por la parte actora, haya incurrido en una causal de procedibilidad.

28.- La Sala confirmará el fallo impugnado, al establecerse que el auto del 20 de septiembre de 2023 en el que, el Juzgado 5º de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad de Ibagué dispuso dar por cumplido el fallo de tutela y el archivo el incidente de desacato, no incurrió en ningún defecto específico y es razonable toda vez que, adecuadamente, verificó el cumplimiento del fallo de tutela emitido el 17 de agosto de 2023.

En mérito de lo expuesto, LA SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 1, 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 el fallo impugnado, de acuerdo con la parte motiva de esta decisión.

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, una vez en

firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA