REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
SALA DE DECISIÓN PENAL
MAGISTRADO PONENTE
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, diez (10) de diciembre de dos mil doce (2012).

Aprobado por Acta No. 708
Hora: 5:00 p.m

1.- VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído la impugnación interpuesta por el Director Territorial de la Regional Risaralda de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones “CAPRECOM”, contra el fallo de tutela proferido por el señor Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (Rda.), con ocasión de la acción instaurada por el señor DANILO MESA MESA como agente oficioso del señor **MARCO AURELIO FERNÁNDEZ BERRIO**.

2.- DEMANDA

Como hechos constitutivos de la demanda de tutela manifestó el señor DANILO MESA MESA: (i) su cuñado presenta una enfermedad de *osteoporosis cancerosa y leucemia* y a causa de la misma acudieron a la ESE Salud Pereira para una primera valoración; y (ii) por lo delicado de su salud lo remitieron al Hospital Universitario San Jorge, lugar al que no pudo ingresar a falta de disponibilidad de camillas y por cuanto CAPRECOM EPS-S no había resuelto sobre su autorización y traslado.

Solicita del señor Juez de tutela que ordene a la EPS-S CAPRECOM autorice el traslado del paciente a un Centro de Salud con disponibilidad de atención para ese tipo de enfermedades de alto costo.

3.- TRÁMITE Y FALLO

La actuación correspondió en primera instancia al *Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad* de Pereira, despacho que admitió la demanda y dio traslado del escrito y sus anexos a las entidades involucradas EPS-S CAPRECOM, SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL RISARALDA y la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE. La vinculación de las entidades estuvo precedida de una orden de medida provisional.

Surtido el traslado, las entidades respondieron:

- La *E.S.E. del Hospital Universitario San Jorge de Pereira* expuso que con ocasión de la medida provisional, la EPS-S CAPRECOM no hizo mención alguna al traslado del paciente a nivel III, y tampoco ha dado la orden de autorización del servicio. En lo relativo a la demanda manifestó que (ii) según el diagnóstico del paciente requiere del acompañamiento de su EPS-S para que autorice el tratamiento necesario de forma ágil y oportuna, el cual será suministrado una vez se dé su ingreso a ese centro hospitalario siempre y cuando la EPS-S CAPRECOM emita y suministre las autorizaciones respectivas; (iii) aún sin la orden de autorización, está presta a recibir al paciente y de igual forma le brindará la atención en salud dentro de sus posibilidades físicas y tecnológicas, y espera que la EPS autorice la atención integral que requiera el paciente.

Concluye que la E.S.E. no ha vulnerado al actor derecho fundamental alguno por cuanto el servicio aún no se ha prestado y por no haberse emitido orden

de ingreso; por consiguiente, solicita denegar las pretensiones incoadas en contra de esa unidad médica.

- La *Secretaría de Salud Departamental de Risaralda* dijo estar de acuerdo con la decisión judicial de decretar medida provisional con cargo a la EPS-S CAPRECOM por ser la responsable del servicio deprecado y de la atención integral requerida por su afiliado, quien dicho sea de paso es sujeto de protección especial.

Pidió tomar como definitiva la medida preventiva contra la EPS-S y que ésta informe sobre su cumplimiento; además, demandó la atención de su afiliado ante las instituciones de salud o aquellas con disponibilidad operativa.

- Por su parte, el *Director Territorial de la Regional Risaralda de la EPS-S CAPRECOM* informó que: (i) esa entidad no ha negado la atención al paciente y por consiguiente no le ha vulnerado derecho constitucional alguno; (ii) la entidad ha realizado todos los trámites administrativos necesarios para la remisión del paciente; y (iii) entiende que esa entidad es la encargada de la prestación del servicio, pero a su vez cuenta con una red contratada de servicios quienes son los obligados de atender directamente al usuario, por eso solicita la vinculación de la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira para que se obligue a recibir al paciente que demanda la prestación de los servicios de salud.

3.1.- Culminado el término constitucional el juzgado de instancia profirió fallo mediante el cual declaró que la EPS-S CAPRECOM Regional Risaralda vulneró al hoy fallecido **MARCO AURELIO FERNÁNDEZ BERRIO** sus derechos a la *salud* en conexidad directa con el de la *vida* y la *integridad personal*, la *seguridad social* y el principio-derecho de la *dignidad humana*; no obstante se abstuvo de impartir cualquier orden sobre el particular por la carencia actual de objeto generada por el deceso del titular del derecho. Estos fueron los términos en que se pronunció el juez de primera instancia:

> "Valga reiterar que poco nada importó al Director Regional o al Jefe de Autorizaciones (o quienes hiciesen sus veces) de la mentada EPS-S CAPRECOM, que por parte de esta sede se hubiere ordenado como medida provisional a favor del ciudadano Fernández Berrio, desde el momento de la admisión de la demanda, que se autorizará su traslado al hospital Universitario San Jorge de esa localidad medida que para el Despacho era urgente para que se le tratasen adecuadamente sus dolencia, orden que como ya se dijo fue desatendida […]
>
> Advertido entonces, el incumplimiento de ese mandato judicial […], actitud que tiene la potencialidad de configurar una conducta punible -fraude a resolución judicial- se dispondrá la compulsa de copias de lo pertinente y el presente fallo a la Fiscalía General de la Nación, […] para que se investigue penalmente al director Regional y al jefe de Autorizaciones de la EPS-S CAPRECOM Regional Risaralda: lo propio ocurre en materia disciplinaria el envío de dicha foliatura, ante el funcionario a cargo del asunto.
>
> Igualmente se dispondrá la compulsa de copias y el presente fallo, ante la Superintendencia Nacional de Salud, a efectos de que dentro de las facultades conferidas en la ley adopte las decisiones que el asunto amerita.
>
> Queda el sinsabor en este operador jurídico de las respuestas que ofrecen los siguientes interrogantes: ¿Cuál hubiese sido la suerte del señor Marco Aurelio Fernández Berrio si hubiere tenido un pariente que trabajara en la EPS-S CAPRECOM Regional Risaralda?, será que con esa misma indiferencia con que se trató su necesidad de una autorización de traslado a un centro de asistencia médica del nivel que requería su enfermedad, se trata a los familiares de los funcionarios y empelados de la EPS-S CAPRECOM en esta ciudad?

4.- IMPUGNACIÓN

En tiempo oportuno el *Director Territorial de la Regional Risaralda de CAPRECOM EPS-S* impugnó el fallo de primera instancia al considerar que el a quo en forma airada y por demás grosera, declaró que CAPRECOM EPS

vulneró al señor **MARCO FERNÁNDEZ** sus derechos fundamentales como fue la *salud* en conexidad con la *vida* y la *integridad personal*.

- Recordó que el usuario fue atendido en forma oportuna, eficaz, adecuada y ágil; que si se mira el historial clínico, se puede determinar que en una oportunidad fue remitido al Hospital San Jorge donde no fue recibido por falta de disponibilidad de camas y lo regresaron porque se encontraba estable.

- Con disgusto recibe los interrogantes del a quo contra los empleados y funcionarios de esa entidad, por considerarlos amenazantes, y pide que se le requiera para que en lo sucesivo no involucre a los familiares de las personas que allí laboran.

- Solicita se revoque el fallo de tutela, en los parágrafos primero, tercero y cuarto de la parte resolutiva, porque esa entidad si cumplió a calidad con todo lo ordenado por la ley.

5.- POSICIÓN DE LA SALA

5.1.- Competencia

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por el *Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad* de esta ciudad, de conformidad con las facultades conferidas en los artículos 86 y 116 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

5.2.- Problema jurídico planteado

De conformidad con lo expuesto en el escrito de impugnación, corresponde a esta instancia pronunciarse en relación con el contenido del fallo expedido en la primera instancia, en el cual declaró vulnerados los derechos a la *salud* en conexidad directa con el de la *vida* y la *integridad personal*, la *seguridad social*

y el principio a la *dignidad humana*, por parte de la EPS-S CAPRECOM Regional Risaralda; no obstante, se abstuvo de impartir cualquier orden sobre el particular por la carencia actual de objeto generada por el fallecimiento del titular del derecho.

En igual sentido ordenó compulsar copias con destino a las autoridades judiciales y jurisdiccionales para que se investigue penal y disciplinariamente a los funcionarios de esa entidad que tienen a su cargo autorizar la prestación del servicio de salud.

5.3.- Solución a la controversia

En relación con el tema de las órdenes que emite el juez constitucional cuando se produce la muerte del accionante en el trámite de la acción de tutela, ha dicho de forma reiterada el órgano de cierre en materia constitucional que se configura un daño consumado y la consecuencia procesal es la declaratoria de carencia actual de objeto, y no el hecho superado, toda vez que éste último en el sentido literal de la palabra supone eliminar barreras, sobrepasar obstáculos o dominar dificultades. En sentencia unificada SU-540 de 2007 concluyó:

> "[…] queda claro que no es posible sostener que la muerte de un ser humano, especialmente circunscribiéndose dentro del contexto del proceso de tutela en el cual se pretende el amparo de sus derechos constitucionales fundamentales, se pueda entender como el vencimiento de un obstáculo o dificultad, pues sin lugar a dudas los efectos de esa muerte frente a la afectación de los derechos fundamentales es, más propiamente, una pérdida o un daño consumado".

Más adelante la Corte Constitucional sería más explicita en cuanto al fenómeno jurídico de la carencia actual de objeto, en el sentido que éste puede presentarse a partir de dos eventos con consecuencias distintas*:* (i) *el hecho superado y* (ii) *el daño consumado*", y a ese respecto sostuvo:

> "(i) En esta lógica, cuando acaece la carencia actual de objeto por hecho superado, en el interregno de la presentación de la acción de tutela y la decisión de la misma, "no es perentorio para los jueces de instancia, aunque sí para Corte en sede de Revisión, incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo puede hacerlo, sobre todo si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado; (ii) Frente al fenómeno de la carencia actual de objeto por daño consumado la Corte ha indicado que el mismo "supone que no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela. En estos casos resulta perentorio que el juez de amparo, tanto de instancia como en sede de Revisión, se pronuncie sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda, y sobre el alcance de los mismos. Igualmente, debe informar al demandante o a los familiares de éste, sobre las acciones jurídicas de toda índole, a las que puede acudir para la reparación del daño, así como disponer la orden consistente en compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el mencionado daño. En algunos casos, en los que se ha configurado carencia de objeto por daño consumado, la Corte Constitucional ha dispuesto la imposición de sanciones a los demandados cuya conducta culminó con la vulneración de los derechos fundamentales, de la cual a su vez se derivó el daño".[1]

De esta manera y para descender al caso concreto, la Sala encuentra que de acuerdo con la historia clínica que obra en la foliatura, el suplicio del fallecido **MARCO FERNÁNDEZ** tuvo comienzo el 27-09-12 en la E.S.E Salud Pereira, persona que a causa de lo complejo de su diagnóstico[2] requirió de un manejo más especializado, el cual podría ofrecerlo la ESE Hospital Universitario San Jorge, lugar que de momento no lo recibió a falta de camillas y por cuanto no contó con autorización de ingreso de su EPS-S CAPRECOM; en ese instante el paciente fue estabilizado y conducido de nuevo a la ESE Salud Pereira.

---

[1] Sentencia T-481/11.

[2] Equimosis espontánea, anemia de tipo no especificado, trombocitopenia no especificada.

Finalmente el 02-10-12 pudo ingresar en la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge donde recibió atención de nivel iv (atención por UCI), para posteriormente ocurrir el sabido desenlace.

De la síntesis y el precedente constitucional, podemos decir que se configuró la carencia actual de objeto como consecuencia del daño consumado, en la medida en que se produjo un perjuicio, materializado en la muerte del señor **MARCO FERNÁNDEZ**, lo cual supone que el juez de amparo debió pronunciase sobre: (i) la vulneración de los derechos invocados en el escrito de la demanda, y sobre el alcance de los mismos; (ii) el deber de informar al demandante o a los familiares de éste, sobre las acciones jurídicas de toda índole, a las que puede acudir para la reparación del daño; (iii) compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el mencionado daño; y por último (iv) imponer sanciones a los demandados si la conducta culminó con la vulneración de los derechos fundamentales, de la cual a su vez se derivó el daño; éste último de carácter facultativo.

De acuerdo con esos presupuestos, la tutela estuvo bien concedida pues de manera acertada el a quo cumplió con esos requisitos jurisprudenciales en su parte resolutiva, pues en sede de tutela declaró vulnerado los derechos fundamentales a la salud, en conexidad con la vida y la integridad personal, la seguridad social y el principio de la dignidad humana del fallecido **MARCO FERNÁNDEZ**. Igualmente dispuso compulsar copias del expediente a las autoridades que consideró obligadas a investigar la conducta del representante de la EPS CAPRECOM Régimen Subsidiado y finalmente la previno para que en lo sucesivo evite incurrir de nuevo en conductas omisivas como las aquí fueron objeto de censura; no obstante, omitió informar al agente oficioso o a los familiares de éste, acerca de las acciones jurídicas de toda índole a las que pueden acudir para la reparación del daño.

Así las cosas, si bien se confirmará la providencia motivo de alzada, hay lugar a su ACLARACION en el sentido de dejar consignado que la carencia actual de objeto sobrevino como consecuencia del daño consumado por el fallecimiento del señor **MARCO AURELIO FERNÁNDEZ BERRÍO,** y ello lleva aparejado que se informe a los familiares del agenciado que pueden emprender las correspondientes acciones ordinarias que tengan por objeto alguna forma de reparación.

Así mismo, hay lugar a decir que el Tribunal encuentra apresurada la conjetura consignada por el a quo en la parte motiva de su providencia, en el sentido de hacer alusión a parientes de los empleados de CAPRECOM que por supuesto nada tienen que ver con los hechos materia de esta acción constitucional. En ese sentido la Sala halla razón a la entidad impugnante y en consecuencia requiere al juez a quo para que hacia el futuro evite comentarios ofensivos de esa índole.

6.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA la sentencia de tutela objeto de este proferimiento, pero se ACLARA que la carencia actual de objeto sobrevino como consecuencia del daño consumado por el fallecimiento del señor **MARCO AURELIO FERNÁNDEZ BERRÍO**, y hay lugar a informar a los familiares del agenciado que pueden emprender las correspondientes acciones ordinarias que tengan por objeto alguna forma de reparación.

SEGUNDO: Se hace un llamado de atención al funcionario a quo para que hacia el futuro evite hacer comentarios en el cuerpo motivo de sus

providencias que escapan a la esfera de su poder funcional y que pueden ofender a terceros no involucrados en el asunto materia de controversia.

Por secretaría se remitirá el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario de la Sala,

JUAN CARLOS MORALES RAMÍREZ