**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

 **RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

 SALA de decisión PENAL

 Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho (2018)

 Acta de Aprobación No. 536

 Hora: 2:10 a.m.

1.- VISTOS

Debe pronunciarse la Sala con ocasión de la consulta de la decisión proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Rda.), mediante la cual sancionó al Director de Sanidad Militar -Vicealmirante CÉSAR AUGUSTO GÓMEZ PINILLOS-, al Director de Sanidad del Ejército -Brigadier General GERMÁN LÓPEZ GUERRERO- y al Gerente de DROSERVICIO –DIEGO LONDOÑO MEJÍA-, por no atender el cumplimiento de la tutela dictada a favor del joven **MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ ARCILA**.

2.- ANTECEDENTES

**2.1.-** En mayo 02 de 2018 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Rda.), como juez constitucional, tuteló el derecho a la salud del que es titular el menor **MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ ARCILA** dentro de la acción de tutela interpuesta por su señor padre contra la Dirección General de Sanidad Militar, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y el Operador Logístico DROSERVICIO LTDA., a consecuencia de lo cual ordenó que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, contadas a partir de la notificación de la presente diligencia: “de manera coordinada, suministren los medicamentos “Propanolol” y “Metimazol” que le fueron prescritos al menor […]”.

**2.2.-** Mediante escrito de mayo 09 de 2018, el señor WILLIAM GÓMEZ PABÓN, representante legal del menor **MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ ARCILA**, informa que con posterioridad al fallo se dirigió a reclamar los medicamentos ordenados y solo le entregaron 120 pastillas de METIMAZOL, lo que solo alcanzó para 13 días, pero no le suministraron el PROPANOLOL, al no haber existencia, máxime que se hacía empalme con otro operador logísitico, por lo cual ha tenido que comprar dos cajas de METIMAZOL y dos más de PROPANOLOL, pero no cuenta con recursos suficientes para comprar dichas medicinas. Pide que se ordene a las entidades accionadas que acaten la orden de tutela y se dé inicio al incidente.

**2.3.-** Por auto de mayo 11 de 2018, el despacho requirió al Director de Sanidad Militar -Vicealmirante CÉSAR AUGUSTO GÓMEZ PINILLOS-, al Director de Sanidad del Ejército -Brigadier General GERMÁN LÓPEZ GUERRERO- y al Gerente de DROSERVICIO –DIEGO LONDOÑO MEJÍA-, para que dentro de los tres (03) días siguientes dispongan lo necesario para cumplir el fallo constitucional.

**2.4.-** Al no recibirse respuesta alguna, la a quo dispuso mediante providencia de mayo 18 2018, requerir nuevamente a al Director de Sanidad Militar, al Director de Sanidad del Ejército y al Gerente de DROSERVICIO para que dentro de las 48 horas siguientes adopten las medidas necesarias para cumplir con el fallo y se dé inicio al proceso disciplinario por dicha omisión.

**2.5.-** Como ninguna información se recibió al respecto, por auto de mayo 25 de 2018 se dio apertura formal del incidente contra el Vicealmirante CÉSAR AUGUSTO GÓMEZ PINILLOS -Director de Sanidad Militar-, el Brigadier General GERMÁN LÓPEZ GUERRERO -Director de Sanidad del Ejército- y al señor DIEGO LONDOÑO MEJÍA -Gerente de DROSERVICIO LTDA-, a quienes les concedió tres (03) días para que expresen los motivos por los cuales no cumplieron el fallo constitucional y soliciten las pruebas que pretendan hacer valer.

**2.6.-** Al no obtenerse comunicación alguna ni observarse la sentencia de tutela, la a quo en proveído de junio 05 de 2018 sancionó con arresto de tres (3) días y multa equivalente a un (01) salario mínimo legales mensuales al Vicealmirante CÉSAR AUGUSTO GÓMEZ PINILLOS -Director de Sanidad Militar-, el Brigadier General GERMÁN LÓPEZ GUERRERO -Director de Sanidad del Ejército- y al señor DIEGO LONDOÑO MEJÍA -Gerente de DROSERVICIO LTDA-, al no atender el fallo proferido en mayo 02 de 2018 a favor del menor **MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ ARCILA.**

3.- Para resolver, se CONSIDERA

Se tiene competencia para emitir la determinación que en derecho corresponde, dada la calidad de superior funcional que la Sala ostenta frente al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira (Rda.).

De lo allegado al dossier, se aprecia que al joven **MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ ARCILA**, le fue diagnosticado “Hipertiroidismo”, lo que motivó a que el especialista tratante le prescribiera los medicamentos denominados “METIMAZOL” y “PROPANOLOL”, los cuales no le eran entregados por el operador DROSERVICIO, en la cantidad y periodicidad que le fue ordenado por el especialista tratante lo que conllevó a que su señor padre interpusiera acción de tutela contra las entidades que en su sentir no atendían los requerimientos médicos de su hijo.

Ello conllevó a que el juzgado de primer nivel considerara que las dependencias obligadas a suministrar los medicamentos prescritos al joven eran la Dirección General de Sanidad Militar, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y el operador logístico DROSERVICIO, frente a los cuales emitió la orden judicial, que no ha sido objeto de acatamiento.

Para la Jurisprudencia constitucional, el incidente de desacato es un mecanismo de creación legal, que procede a petición de la parte interesada, a fin de que el juez constitucional, a través de un incidente y en ejercicio de sus potestades disciplinarias, sancione con arresto o multa a quien con responsabilidad subjetiva desatienda las órdenes proferidas en sentencias de tutela[[1]](#footnote-1). Lo anterior, con el único fin de “lograr la eficacia de las órdenes impartidas por el juez de amparo para la efectiva protección de los derechos fundamentales reclamados por los tutelantes”[[2]](#footnote-2), por lo cual se diferencia de las sanciones penales que pudieran ser impuestas. Es decir, el propósito del incidente será lograr que el obligado obedezca la orden allí impuesta y no la imposición de una sanción en sí misma[[3]](#footnote-3).

Precisamente, para cumplir con tal imperativo, el funcionario judicial con antelación a adoptar la decisión de fondo respectiva, debe procurar que las entidades accionadas atiendan lo ordenado en la acción tuitiva o al menos justifiquen qué motivos los ha llevado a no observar la orden judicial.

Así mismo, ha señalado la jurisprudencia aquellas hipótesis en la que procede el incidente de desacato, estableciéndose las siguientes:

“[i] cuando no ha sido cumplida la orden dictada en un fallo de tutela, [ii] cuando el cumplimiento ha sido insuficiente o incompleto, [iii] cuando no han sido obedecidas otras decisiones tomadas por el juez en el curso del proceso, [iv] cuando no se obedece la orden judicial dada al demandado de no volver a incurrir en las conductas que dieron origen a la vulneración de los derechos fundamentales, o [v] cuando el demandado no cumple dentro de los términos señalados por la providencia judicial.”[[4]](#footnote-4)

Precisamente en este caso específico lo que se advierte es que por parte de las entidades accionadas, no se observó el fallo adoptado en favor del menor **GÓMEZ ARCILA**, pues véase que el señor WILLIAM GÓMEZ, al momento de acudir a este trámite señaló que solamente le habían sido suministradas 120 tabletas del medicamento METIMAZOL, en tanto del PROPANOLOL, no le fue entregada ninguno, al parecer por no contar con existencia de la misma.

En la actualidad tal situación tampoco ha variado, pues como lo informó el padre del enfermo a esta Sala[[5]](#footnote-5), a la fecha solo le han dado 540 tabletas de METIMAZOL, de las 810 que le recetó el especialista tratante, en tanto ninguna se le ha suministrado de PROPANOLOL, frente a lo cual de manera verbal se le ha indicado por el nuevo operador logístico -AUDIFARMA- que está descontinuado, y por ser de uso institucional, los laboratorios no lo fabrican, no obstante que el padre del menor sí lo ha podido adquirir de forma particular en otras farmacias.

De tal situación lo se evidencia entonces, es que las entidades a las cuales se le dio la orden judicial, persisten en la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, del menor **MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ ARCILA**, lo que en su momento obligó a acudir a su progenitor ante la juez constitucional para obtener su protección, ya que requiere las medicinas que le son prescritas para contrarrestar el hipertiroidismo que padece, mismas que no le son entregadas en la cantidad ordenada y aunque frente al PROPANOLOL se indica que está descontinuado y que no se fabrica, el padre del menor ha indicado que debe adquirirlas de manera particular, por lo que las razones que se le entregan al respecto, caen en el vacío y lo que se aprecia es que la entidad es reacia a cumplir con el mandato que les fue ordenado.

Ahora bien, debe recordarse que para efectos de una sanción por incumplimiento a un fallo de tutela, es estrictamente indispensable que durante el incidente se sepa quién es la persona encargada de su acatamiento, los motivos por los cuáles no lo ha hecho, y, además, quién es su superior, para de esa manera poder realizar lo previsto en el artículo 27 del Decreto 2591. De no ser así, muy seguramente se vulnerará el derecho fundamental al debido proceso del que son titulares todos los ciudadanos, según lo consagrado en el canon 29 C.N.

En el presente caso, evidencia la Sala que por parte de la a quo, se omitió vincular en la acción constitucional al Dispensario Médico 3029 adscrito al Batallón de Artillería N° 8 “Batalla de San Mateo”, al ser el encargado en primer lugar de la prestación de los servicios médicos a los miembros del ejército nacional, pero como bien lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, dentro del trámite del incidente la acción del juez está delimitada por lo decidido en la parte resolutiva del respectivo fallo y no obstante que podrían emitirse órdenes adicionales, éstas siempre deben consultar el principio de cosa juzgada. Véase:

“Sobre el particular se debe indicar que el juez que conoce el incidente de desacato, en principio, no puede modificar el contenido sustancial de la orden proferida en la sentencia de tutela objeto del desacato o redefinir los alcances de la protección concedida[[6]](#footnote-6), salvo que dicha orden sea de imposible cumplimiento o que se demuestre su absoluta ineficacia para proteger el derecho fundamental amparado. Por esta razón, solo en ocasiones excepcionales y con la finalidad de asegurar la protección efectiva del derecho, el juez que resuelve el incidente de desacato o la consulta[[7]](#footnote-7) podrá proferir órdenes adicionales a las originalmente impartidas o introducir ajustes a la orden original, garantizando siempre el principio de la cosa juzgada[[8]](#footnote-8).

En suma, la labor del juez constitucional y su margen de acción en el trámite de un incidente de desacato estará siempre delimitada por lo dispuesto en la parte resolutiva del fallo correspondiente[[9]](#footnote-9). Por esta razón, se encuentra obligado a verificar en el incidente de desacato “(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma” [[10]](#footnote-10). Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa. **Así, de existir un incumplimiento “debe[rá] identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada”[[11]](#footnote-11)** hipótesis en la cual procederá la imposición del arresto y la multa.

Si bien para la Sala el primer obligado a cumplir la acción constitucional lo sería el Dispensario Médico 3029, el cual no fue vinculada, no podría en esta instancia emitírsele orden alguna, en tanto el mismo no tuvo conocimiento alguno de la acción tuitiva y de asignársele responsabilidad que no fue prevista por la juez de primer nivel, con ello no solo se vulneraría el debido proceso y derecho a la defensa que le asiste, sino que se vulneraría el principio de cosa juzgado, habiéndose establecido que eran otras instancias –algunas de ellas superiores- las que deberían cumplir tal mandato.

En efecto, en este asunto se vinculó a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y es evidente que la misma es la que ostenta superioridad directa sobre el Dispensario Médico y por ende quien podría emitir las órdenes pertinentes para que cumpliera a cabalidad con el fallo judicial; no obstante, lo que se aprecia es que pese a los requerimientos que le fueron emitidos por la juez de primer nivel, se guardó absoluto silencio. Igualmente, obsérvese que también se vinculó al Director de Sanidad Militar, quien en una similar actitud a la del Director de Sanidad del Ejército, decidió omitir cualquier pronunciamiento en el presente asunto, lo que demuestra la falta de interés de esas altas oficialidades, en atender el requerimiento de uno de sus afiliados.

Y es que al revisar la actuación surtida por la a quo, aprecia la Sala que para adoptar la decisión objeto de esta consulta se respetó el procedimiento de ley, por cuanto se enteró a las entidades militares encargadas de acatar lo ordenado en el fallo de tutela, mismo que si aunque no podían hacerlo de manera directa, lo podían realizar por medio de las órdenes que para ello debían darle al Dispensario Médico para que fuera éste quien procediera a su observancia, pero como vemos, ninguna actividad se desplegó por parte de estos para procurar atender el requerimiento del menor, no obstante haber sido debidamente enterados de este trámite, como se aprecia de las comunicaciones que vía electrónica les fueran remitidos[[12]](#footnote-12).

En ese orden de ideas, considera la sala que la providencia emitida por la funcionaria de primer nivel al sancionar al mediante la cual sancionó al Director de Sanidad Militar -Vicealmirante CÉSAR AUGUSTO GÓMEZ PINILLOS-, y al Director de Sanidad del Ejército -Brigadier General GERMÁN LÓPEZ GUERRERO- por no cumplir con la sentencia de tutela dictada en favor del menor **MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ ARCILA**, se encuentra ajustada a derecho, y la sanción de arresto y multa proferida se encuentra dentro de los parámetros estipulados por el Decreto 2591/91.

Contrario a ello, estima la Corporación que no ocurrió igual con la vinculación al trámite del Gerente de DROSERVICIO, señor DIEGO LONDOÑO MEJÍA, en tanto como bien lo indicó el padre del menor al interponer el incidente, se observa que en ese momento existía un empalme del Operador Logístico, y en efecto es de público conocimiento que de tiempo atrás el encargado de suministrar las medicinas a los usuarios de Sanidad del Ejército Nacional en Pereira, ya no es DROSERVICIO, sino AUDIFARMA, como igualmente lo clarificó el actor.

Por tal motivo, no era procedente haber sancionado al Gerente de DROSERVICIO al no observar el fallo constitucional, por cuanto al haber operado la cesión del contrato que tenía, para que en adelante fuera la empresa AUDIFARMA la encargada del suministro de medicinas de los afiliados a Sanidad del Ejército, la orden constitucional se convertía para él en un mandato imposible de cumplir al haberse despojado de la responsabilidad que le asistía en un momento determinado de entregar los medicamentos prescritos al menor **MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ ARCILA**.

En ese orden de ideas, la Sala confirmará parcialmente la decisión adoptada por la Jueza Tercera Penal del Circuito de Pereira (Rda.), en cuando sancionó al Director de Sanidad Militar -Vicealmirante CÉSAR AUGUSTO GÓMEZ PINILLOS-, y al Director de Sanidad del Ejército -Brigadier General GERMÁN LÓPEZ GUERRERO-, por no atender el fallo proferido a favor del menor **MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ ARCILA**, pero la revocará para dejar sin efectos la sanción que le fuera impuesta al Gerente de DROSERVICIO, señor DIEGO LONDOÑO MEJÍA.

De igual manera se les advertirá a los funcionarios sancionados, que este incidente no terminará con ocasión de la sanción atribuida, como quiera que se trata de una obligación sucesiva que sistemáticamente debe acatarse, por lo que de persistir en la omisión que dio lugar a la interposición de la presente acción **podrán sobrevenir futuras sanciones aún más gravosas.**

ANOTACION ADICIONAL:

Ante la situación advertida en este caso, relativa a la no vinculación a la acción de tutela del Dispensario Médico 3029 del Batallón de Artillería N° 8 “Batalla de San Mateo”, se llama la atención de la señora Jueza, para que a futuro dentro de las acciones constitucionales que sean de su conocimiento, frente a la no prestación del servicio de salud a los afiliados al Ejército Nacional, se verifique con cuidado, cuáles son las dependencias que deben ser atadas al respectivo trámite, para evitar omisiones como la que ocurrió en este preciso asunto.

4.- DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal,

5.- RESUELVE

**PRIMERO: SE** **CONFIRMA PARCIALMENTE** la providencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Rda.) objeto de consulta, en cuanto sancionó por desacato al Director de Sanidad Militar -Vicealmirante CÉSAR AUGUSTO GÓMEZ PINILLOS-, y al Director de Sanidad del Ejército -Brigadier General GERMÁN LÓPEZ GUERRERO-.

**SEGUNDO: SE DEJA SIN EFECTOS** la sanción proferida en contra del señor DIEGO LONDOÑO MEJÍA, en su calidad de Gerente de DROSERVICIO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Se le advierte a los funcionarios sancionados, que este incidente no terminará con ocasión de la sanción atribuida, como quiera que se trata de una obligación sucesiva que sistemáticamente debe acatarse, por lo que de persistir en la omisión que dio lugar a la interposición de la presente acción **podrán sobrevenir futuras sanciones aún más gravosas.**

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario de la Sala,

WILSON FREDY LÓPEZ

1. Sentencia T-171 de 2009. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencias C-243 de 1996, C-092/97. Respecto de la finalidad de la sanción que se impone por desacato a una orden del juez de tutela cabe resaltar lo señalado por la Corte en sentencia T- 421 de 2003*:* “Del texto subrayado se puede deducir que la finalidad del incidente de desacato no es la imposición de la sanción en sí misma, sino la sanción como una de las forma de búsqueda del cumplimiento de la sentencia. Al ser así, el accionante que inicia el incidente de desacato se ve afectado con las resultas del incidente puesto que éste es un medio para que se cumpla el fallo que lo favoreció*”.* [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencias T-171 de 2009, T-652 de 2010, T-421 de 2003 y T-368 de 2005. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia T-684 de 2004. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver folio 4 Cuaderno del Tribunal. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencias T-368 de 2005; T-1113 de 2005 y Auto 118 de 2005. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencias T-086/03 y SU-1158/03. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia T-1113 de 2005. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia T-631 de 2008. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencias T-553/02 y T-368/05. [↑](#footnote-ref-10)
11. Sentencia T-1113 de 2005. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ver folios 17, 19, 22 y 28 fte. y vto. [↑](#footnote-ref-12)