

RESTRINGIDO



MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
COMANDO COMANDANTE GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES
EJÉRCITO NACIONAL
DISPENSARIO MEDICO DE CALI

RADICADO N° 112104 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DISAN-
DMCAL - 1.5

Santiago de Cali, nueve (09) de septiembre de 2021

DOCTORES:

HONORABLES MAGISTRADOS (Reparto)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Palacio de Justicia

Calle 12 N° 7 – 65

Bogotá D. C.

ASUNTO: ACCION DE TUTELA CONTRA SANCIÓN INCIDENTE DE DESACATO
DENTRO DE LA ACCIÓN DE TUTELA RADICADO No. 76001 22 03 000 2016-00621-00
(8563)

ACCIONANTE: CORONEL BEATRIZ SILVA MIRANDA

ACCIONADOS: TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CIVIL DE
DECISIÓN - MAG. SUST. FLAVIO EDUARDO CÓRDOBA FUERTES – CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL MAGISTRADO PONENTE
AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO.

Cordial Saludo respetados Magistrados,

La suscrita Coronel **BEATRIZ SILVA MIRANDA**, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía N° 51893390, domiciliada en la ciudad de Cali, actuando en mi calidad de Directora y representante legal del **DISPENSARIO MÉDICO MILITAR DE CALI**, interpongo acción de tutela en contra la siguientes providencias judiciales, por vulnerar mis derechos fundamentales a la **LIBERTAD**, al **DEBIDO PROCESO**, **DERECHO AL BUEN NOMBRE** y a la **IGUALDAD**:

1. Auto de fecha doce (12) de agosto de 2021 proferido por el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CIVIL DE DECISIÓN MAG. SUST. FLAVIO EDUARDO CÓRDOBA FUERTES, mediante el cual resolvió: “**SANCIONAR** al Director de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General Carlos Alberto Rincón Arango y a la Directora del Dispensario Médico de Cali Coronel Beatriz Silva Miranda con un (01) día de arresto, como responsables del desacato al fallo de tutela proferido por esta Sala el 19 de agosto de 2016; y multa de dos (02) salarios mínimos mensuales legales vigentes” lo anterior dentro del trámite de incidente de desacato de la acción de tutela con número de radicado 2016-00621-00 (8563).
2. Providencia de fecha veinte (20) de agosto de 2021 proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Magistrado Ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, mediante la cual resolvió “**CONFIRMAR** el auto de 12 de agosto de 2021, objeto de consulta”.
3. Auto de fecha veintiséis (26) de agosto de 2021 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil Unitaria Mag. Sust. Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes mediante el cual resolvió “**NEGAR POR IMPROCEDENTE** la petición de la inaplicación de la sanción presentada por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

4. Auto de fecha treinta y uno (31) de agosto de 2021 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil Unitaria Mag. Sust. Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes mediante el cual resolvió “**NEGAR POR IMPROCEDENTE** la petición de la inaplicación de la sanción presentada por las entidades accionadas”.

La presente acción de tutela se fundamenta en los siguientes:

HECHOS:

1. Mediante fallo de tutela de fecha diecinueve (19) de agosto de 2016 con radicado No. 2016-00621 – 00 aprobado por Acta No. 071 el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil de Cali de decisión resolvió:

PRIMERO: CONCEDER la acción de tutela interpuesta por la señora YOLANDA PRADO en calidad de agente oficioso del señor ANTONIO RAYO por las razones indicadas en la parte motiva de este proveído, y en consecuencia, **ORDENAR** a la **DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL** que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación que de este fallo reciba, autorice y suministre “*los pañales desechables, los pañitos húmedos y la crema*” requeridos pues para ello se ha verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional.

Y en el mismo término deberá disponer la valoración de la paciente con un grupo de profesionales de la salud con el fin de que se determine la necesidad de los insumos solicitados por la agente oficiosa, teniendo en cuenta el estado de salud del paciente, y, en caso de que éstos los consideren pertinentes, procedan a autorizarlos y suministrarlos de manera pronta y eficiente.

SEGUNDO: Se **ORDENA** a la **DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL** prestar el tratamiento integral que sea necesario para el manejo de la patología que padece el señor ANTONIO RAYO, exonerándolo del pago de las cuotas moderadoras.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión a las partes por el medio más expedito posible.

CUARTO: Si la decisión no fuere impugnada **REMÍTASE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32, D. 2591 de 1991).

2. Mediante correo electrónico de fecha 29 de julio de 2021 la señora Yolanda Prado actuando en calidad de agente oficiosa del señor Antonio Rayo, mediante correo electrónico dirigido al Tribunal Superior, manifestó que no le habían entregado pañales y pañitos húmedos desde hace tres meses (mayo, junio, julio).
3. Mediante auto de fecha 30 de julio de 2021 el Tribunal Superior del Distrito Judicial resolvió: “2.- **REQUERIR** al Mayor General **Hugo Alejandro López Barreto** en su calidad de **Director General de Sanidad Militar**, Brigadier General **Carlos Alberto Rincón Arango** en su calidad de **Director de Sanidad del Ejército Nacional**, al Coronel **Beatriz Silva Miranda Marín**, en su calidad de **Directora Dispensario Médico Militar Cali - Ejército**, para que dentro del término de **UN (1) DÍA**, informen si ha dado cumplimiento al fallo de tutela proferido el 19 de agosto de 2016, siendo accionante **ANTONIO RAYO**”.
4. Mediante auto de fecha 03 de agosto de 2021 el Tribunal Superior del Distrito Judicial resolvió “**TRAMITAR** incidente de desacato contra el “Mayor General Hugo Alejandro López Barreto en su calidad de Director General de Sanidad Militar, Brigadier General Carlos Alberto Rincón Arango en su calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional y la

Coronel Beatriz Silva Miranda Marín, en su calidad de Directora Dispensario Médico Militar Cali – Ejército, por lo motivos expuestos”.

5. Mediante auto de fecha 09 de agosto de 2021 el Tribunal Superior del Distrito Judicial resolvió abrir a pruebas en el presente incidente de desacato.
6. Mediante auto de fecha 12 de agosto de 2021 el Tribunal Superior del Distrito Judicial resolvió: “**SANCIONAR** al Director de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General Carlos Alberto Rincón Arango y a la Directora del Dispensario Médico de Cali **Coronel Beatriz Silva Miranda** con un (01) día de arresto, como responsables del desacato al fallo de tutela proferido por esta Sala el 19 de agosto de 2016; y multa de dos (02) salarios mínimos mensuales legales vigentes”.
7. **El día 12 de agosto de 2021 este Establecimiento de Sanidad Militar (Dispensario Médico de Cali) realizó entrega de 150 pañales desechables talla L y 03 paquetes de pañitos húmedos al señor Antonio Rayo conforme a la ultima formula medica vigente aportada por el paciente, es decir la de Julio, ya que hasta la fecha aún no había sido formulado para el mes de agosto.**
8. Teniendo en cuenta que el 12 de agosto de 2021 se le entregaron pañales al señor Antonio Rayo, y la agente oficiosa lo informó al Tribunal mediante memorial, por lo cual esto mismo fue remitido mediante auto de fecha 17 de agosto de 202 a la Corte Suprema de Justicia Sala Casación Civil para lo pertinente.
9. Mediante auto de fecha 20 de agosto de 2021 la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, resolvió **CONFIRMAR** el auto de fecha 12 de agosto de 2021, objeto de consulta, **sin tener en cuenta que desde el 12 de agosto de 2021 ya se le había realizado la entrega de insumos para el señor Antonio Rayo, con lo cual se acreditó el cumplimiento del fallo de tutela**
10. Mediante oficio de fecha 23 de agosto de 2021 la **Dirección de Sanidad del Ejército**, informó al Despacho sobre la entrega realizada al accionante de los insumos el día 12 de agosto de 2021 y solicitó la inaplicación de la sanción.
11. El 24 de agosto de 2021, El tribunal requirió a la agente oficiosa para que informara “si la entidad accionada cumplió con la orden dada en la sentencia y en consecuencia se le entregó los insumos requeridos”.
12. EL 25 de agosto de 2021 este **Establecimiento de Sanidad Militar** envió informe de cumplimiento al Tribunal Superior del Distrito Judicial, poniendo en conocimiento que el día 12 de agosto de 2021 se le habían entregado los insumos requeridos al paciente Antonio Rayo y se allegó la constancia de entrega, conforme lo anterior se solicitó la inaplicación de la sanción.
13. Teniendo en cuenta el informe y la solicitud de inaplicación de la sanción presentada por la Dirección de Sanidad por el Oficial de Gestión Jurídica, mediante **auto de fecha 26 de agosto de 2021 el Tribunal Superior del Distrito Judicial sala Civil resolvió “Negar por improcedente la petición de la inaplicación de la sanción** presentada por la **Dirección de Sanidad del Ejército Nacional”**, argumentando que en virtud a la petición, se había realizado requerimiento a la agente oficiosa y está en respuesta informó lo siguiente:

“solo me entregaron los Pañales y Pañitos del mes Julio del presente año. Adjunto copia de la fórmula de Entregado. Inclusive la fórmula de este mes de Agosto (sic) tampoco la entregaron, les agradezco me colabore para que me entreguen las fórmulas que quedaron pendiente de los meses de Mayo, Junio, Agosto del presente año, por lo anterior muchas gracias”.

El tribunal indicó que, “*al examinar el informe y documentos presentados por la Dirección de Sanidad Ejército Nacional, esta Sala unitaria no observa que los funcionarios de las entidades accionadas estén cumplimiento con el fallo de tutela proferido por esta Corporación, (...) El informe que presenta la autoridad accionada para sustentar el cumplimiento del fallo de tutela y, en consecuencia, solicitar la inaplicación de la sanción impuesta, da cuenta únicamente de la entrega de los pañales y pañitos húmedos requeridos por el señor Antonio Rayo de un mes (mayo) y no de los de junio y julio, situación corroborada por la agente oficiosa del accionante mediante escrito allegado a este Corporación. Así las cosas, esta Sala unitaria concluye que no existe en el plenario prueba de la entrega de los insumos (pañales y pañitos húmedos) de los dos meses de mayo y junio de 2021 que requiere el señor Antonio Rayo y por tanto, se evidencia un incumplimiento a la sentencia dictada por esta Corporación, pues los funcionarios sancionados persistente en desatender la orden judicial impartida por los cuales se les sancionó y por ende, en la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y vida digna del señor Rayo*”.

14. El 27 de agosto de 2021 por parte de este Establecimiento de Sanidad Militar (Dispensario Médico de Cali) se envió otro informe de cumplimiento y **se solicitó por segunda vez la inaplicación de la sanción al Tribunal Superior, y se le explicó las razones por las cuales no es posible entregar los pañales formulados en los meses de mayo y junio**, sin embargo el Tribunal Superior, nuevamente mediante auto de fecha 31 de agosto de 2021 resolvió: “Negar por improcedente la petición de la inaplicación de la sanción presentada por las entidades accionadas”, aduciendo que “El informe que presenta las autoridades accionadas para sustentar el cumplimiento del fallo de tutela y, en consecuencia, solicitar la inaplicación de la sanción impuesta, da cuenta únicamente de la entrega de los pañales y pañitos húmedos requeridos por el señor Antonio Rayo de un solo mes julio y no de los de mayo y junio, situación corroborada por la agente oficiosa del accionante mediante escrito allegado a este Corporación”.

Continua manifestando el Tribunal que, “Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala observa que los funcionarios sancionados hasta el momento, no han acreditado en el cumplimiento del fallo proferido por esta Corporación, en el entendido que no han suministrados los pañales y pañitos húmedos de los meses de mayo y junio de 2021, al señor Antonio Rayo como se lo ordenó su médico tratante y si bien entregó los del mes de julio (en agosto 11 de 2021), esto no es óbice para excluir las dos fórmulas anteriores, por falta de “vigencia”, pues de ser así, se itera, se estaría avalando por este Tribunal un proceder inapropiado por parte de los accionados que va en menoscabo de los derechos fundamentales de los usuarios de la salud, en especial del señor Antonio”.

De lo anterior es importante tener en cuenta que frente a las reclamaciones del accionante donde manifiesta que no se le entregaron los pañales de las fórmulas de los meses de **Mayo, Junio**, si bien es cierto que en su momento no se entregaron por cuanto el área encargada estaba realizando todo el proceso de contratación respectivo, también es cierto que en el mes de AGOSTO 11 de 2021, se le entregaron los insumos de acuerdo a la Formula del mes de **julio** que era la formula vigente y más reciente para esa fecha, **además se debe tener en cuenta que no se puede disponer el uso de insumos de aseo (pañales) de fórmulas médicas de meses anteriores (Mayo, Junio) toda vez que de efectuarse la entrega de los pañales no tendrían utilidad funcional y evidentemente no existe un criterio médico que justifique su entrega y uso de los mismos de forma retroactiva.** Por seguridad del paciente y adecuado uso de los recursos del subsistema de salud de las FFMM, no se entregan medicamentos y demás de forma retroactiva, salvo excepción taxativa en consideración a pertinencia medica actualizada y justificada mediante historial clínico.

Actualmente hay convenio para el suministro de pañales por lo cual se le seguirán suministrando de acuerdo a la formulas vigentes y actualizadas que en adelante realice el médico tratante. No tiene justificación entregar unos insumos de meses anteriores considerando que no es posible “devolver el tiempo para que se realice su uso”, en ese sentido no hay justificación para entregarlos como espera el Tribunal con el fin de que resuelva que en ese escenario habría cumplimiento total. Además, en los siguientes meses como ya se dijo, el médico tratante formulará nuevamente de acuerdo a la necesidad del paciente. Se aclara que para la fecha en la cual se le entregaron en el mes de agosto, aún no le habían formulado pañales para el mes de agosto, sin embargo se le realizó la entrega conforme a la fórmula del mes de Julio.

Recientemente se le entregaron el día 09 de septiembre de 2021 conforme a la formula medica de agosto ya que hasta la fecha aún no ha sido formulado para el mes de septiembre. Una vez el medico del Homecare lo valore le formulara lo correspondiente.

De acuerdo a constancia de fecha 09 de septiembre de 2021 se realizó la entrega de 150 pañales y 3 paquetes de pañitos húmedos para el paciente Antonio Rayo.

DEFECTOS DE LAS PROVIDENCIAS IMPUGNADAS

En cumplimiento de lo determinado por la Honorable Corte Constitucional mediante la **Sentencia SU034/18** en cuanto a los requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, se pasa a identificar de forma razonable los presuntos yerros de la autoridad judicial que generan la violación a los derechos de la suscrita Coronel BEATRIZ SILVA MIRANDA en calidad de Directora del Dispensario Médico de Cali:

1. Providencia de fecha veinte (20) de agosto de 2021 proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Magistrado Ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, mediante la cual resolvió “**CONFIRMAR** el auto de 12 de agosto de 2021, objeto de consulta”.
2. Auto de fecha veintiséis (26) de agosto de 2021 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil Unitaria Mag. Sust. Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes mediante el cual resolvió “**NEGAR POR IMPROCEDENTE** la petición de la inaplicación de la sanción presentada por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.
3. Auto de fecha treinta y uno (31) de agosto de 2021 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil Unitaria Mag. Sust. Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes mediante el cual resolvió “**NEGAR POR IMPROCEDENTE** la petición de la inaplicación de la sanción presentada por las entidades accionadas”.

En el presente caso se advierte que las decisiones anteriores adolecen de ciertos defectos por lo cual se hace oportuna la intervención del juez constitucional en salvaguarda de los derechos fundamentales, los cuales han sido denominados por la jurisprudencia como causales específicas de procedencia o requisitos materiales:

“1. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

“2. Violación directa de la Constitución.”

Lo anterior se configura en el momento en el cual mediante providencia de fecha veinte (20) de agosto de 2021 proferida en sede de Consulta por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil por el Magistrado Ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, mediante la cual resuelve confirmar el auto de 12 de agosto de 2021 que sancionó, toda vez que tuvieron conocimiento de la entrega de insumos de fecha 12 de agosto de 2021 efectuada al señor Antonio Rayo, quien presentó el incidente de desacato por la demora en la entrega de los pañales. La misma situación ocurre cuando el expediente fue devuelto al Tribunal superior y el Magistrado Sustanciador Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes se le solicitó en dos oportunidades la inaplicación de la sanción y las negó mediante autos (26) de agosto de 2021 y (31) de agosto de 2021, las decisiones citadas carecen de motivación, al leerlas es clara y evidente la ausencia de los fundamentos facticos y jurídicos que motiven su decisión y den cuenta del por qué concluyen que este Dispensario Médico se encuentra en incumplimiento. Únicamente se limitan a de indicar que la entrega fue parcial y como entidad persistimos en desatender la orden judicial impartida, desconociendo que cuando se trata de insumos como pañales y pañitos húmedos, estos se entregan de forma periódica para que su uso se

realice en adelante, no tiene utilidad la entrega de forma retroactiva. Luego, acceder a lo que ordena el Tribunal y la Corte que confirmó la sanción, se torna arbitrario.

El Magistrado Ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo y el Magistrado Sustanciador Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes no tuvieron en cuenta que si bien es cierto no se entregaron los pañales de las formulas de meses Mayo y junio, para el mes de agosto se le entregó (conforme a formula del mes de julio) para el uso correspondiente del mes en curso, es decir agosto, acreditando de esa manera cumplimiento del fallo de tutela.

Con la presente acción de tutela se reprocha que las autoridades acusadas no hayan levantado y/o inaplicado la sanción de arresto y multa impuestas, a pesar de que se atendió el requerimiento judicial mediante la entrega de insumos (pañales y pañitos) conforme a la última formula (vigente). Por el contrario se arraigaron en su conclusión de un cumplimiento parcial. Sin embargo, antes de asumir esa inflexible postura, era menester analizar si existía o no *responsabilidad subjetiva* en la actuación de la entidad compelida, de conformidad con la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la naturaleza y finalidad del incidente de desacato.

Pues bien: de no haberse pretermitido el estudio sobre responsabilidad subjetiva, se habría podido advertir que no era posible proceder a la entrega de insumos de meses anteriores no por negligencia o rebeldía de este Dispensario frente a las órdenes judiciales, sino por la imposibilidad fáctica y jurídica, lo cual en ningún momento se traduce en vulneración de derechos fundamentales.

Por otro lado, el juzgador mal podía negar el levantamiento de la sanción con argumentos como el cumplimiento “parcial” y que el desacato es un dispositivo para castigar al renuente, pues ello desconoce la doctrina desarrollada de forma pacífica por esta Corte en cuanto a que el propósito perseguido por la sanción es conminar al obligado como medio para garantizar el goce efectivo del derecho tutelado mediante sentencia, mas no sancionar por sancionar.

Así las cosas, es diáfano que no podía predicarse una actitud indolente por parte de este Establecimiento de Sanidad Militar frente a las órdenes impartidas en la sentencia de tutela en cuestión, que hiciera soportar la pervivencia de la sanción por desacato aun cuando se acreditó ante el Tribunal y la Corte que se habían desplegado las acciones tendientes a materializar la entrega de insumos requerida por el paciente. En consecuencia, lo que correspondía era proceder al levantamiento o inaplicación de las sanciones de arresto y multa impuestas, en atención al precedente constitucional sobre la naturaleza y finalidad del incidente de desacato.

En el caso en concreto, el paciente es formulado mensualmente de acuerdo a sus necesidades y se le suministra de acuerdo a lo ordenado por los médicos tratantes conforme a dichas fórmulas para el uso inmediato y en adelante, lo cual tiene sentido y se encuentra justificado.

En tal sentido, la conclusión a la que llegan los H. Magistrados que se ha dado un “cumplimiento parcial” por la no entrega de unos insumos que fueron formulados en meses anteriores no encuentra soporte ni justificación alguna toda vez que el tiempo ha transcurrido y se torna imposible devolverlo a fin de que el paciente pueda usarlos en dichos meses y efectuar la entrega de dichos insumos no tendría utilidad para el paciente, ya que se reitera, recientemente se le entregaron conforme a la formula vigente para su correspondiente uso en adelante.

En consecuencia, con las decisiones citadas objeto de la presente acción de tutela, los magistrados no observaron plenamente el debido proceso, ya que no se concentraron en determinar en estricto derecho lo relativo al cumplimiento.

De igual forma, desconocieron que, este establecimiento de Sanidad Militar (Dispensario Médico de Cali), es una entidad que asume una **GESTION FISCAL** la cual encarga el buen manejo de recursos públicos que tiene una destinación específica, luego al invertirlos en la entrega de insumos de no utilidad, envuelve responsabilidades fiscales, al respecto la *ley 610 de 2000* en su artículo 3 refiere: “*Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los*

bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”.

Asimismo el Artículo 6 consagra: *“Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna”.*

De otra parte, y en vista de que la orden emitida implica la inversión indebida de recursos públicos por parte de esta entidad de salud, existe posibilidad de hallarse una presunta extralimitación en el ejercicio de funciones, sobre el particular la ley 734 de 2002 establece en su artículo 23: *“Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento”.*

Además, la ley 599 del 2000 en su artículo 399 consagra Peculado por aplicación oficial diferente. El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste (...). Seguidamente el artículo 399A establece el agravante en la materia que hoy nos ocupa en el presente desacato: **PECULADO POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE FRENTE A RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.** La pena prevista en el artículo 399 se agravará de una tercera parte a la mitad, cuando se dé una aplicación oficial diferente a recursos destinados a la seguridad social integral.

De igual manera, es aplicable el artículo 400 de la misma ley, el que refiere: *“Peculado culposo. El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen (...)”.* Concordante con el artículo 400A que así mismo indica que se agravarán de una tercera parte a la mitad, cuando se dé una aplicación oficial diferente a recursos destinados a la seguridad social integral.

Por tanto, consideramos que se demostró que se dio cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela que es la entrega de insumos de acuerdo a la orden medica vigente, rogamos de la manera más respetuosa tener en cuenta la Sentencia de la Corte Constitucional donde expresamente indica que el objeto del desacato no es la sanción en si misma sino propiciar que se cumpla el fallo:

“(...) A pesar de ser una sanción, el objeto del desacato no es la sanción en sí misma, sino propiciar que se cumpla el fallo de tutela. Cumplir con la orden serviría para evitar la sanción, valga decir, evitar que se imponga el arresto y la multa previstos en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991. En la medida en que el desacato puede hacer que se cumpla con el fallo en comento, es un instrumento procesal que puede garantizar de manera adecuada el acceso a la administración de justicia.”¹

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-367/14, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Por último, se debe tener en cuenta que *“es constante y reiterada la jurisprudencia constitucional en el sentido de que, por inscribirse en el ejercicio del poder jurisdiccional sancionatorio, la vía incidental del desacato exige una plena observancia del debido proceso, por lo que el juez instructor debe respetar las garantías de los involucrados y concentrarse en determinar en estricto derecho lo relativo al cumplimiento, toda vez que “si el incidente de desacato finaliza con decisión condenatoria, puede haber vía de hecho si no aparece la prueba del incumplimiento, o no hay responsabilidad subjetiva”*.”²

La Corte ha precisado que, “cuando se advierte la configuración de alguna de dichas causales específicas de procedencia, se está en presencia de auténticas transgresiones al debido proceso que reclaman la reivindicación de la justicia como garante de los derechos, por lo cual esta Corte ha sostenido que en esos casos “no sólo se justifica, sino se exige la intervención del juez constitucional”.”³

Adicionalmente se cumple el presupuesto formal de procedencia establecido por la Corte para censurar por vía de tutela una providencia dictada al interior de un incidente de desacato, el cual es que el respectivo trámite haya culminado, el grado jurisdiccional de consulta es la instancia obligatoria donde la sanción por desacato cobra firmeza.

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. 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”*, incursionando el funcionario judicial, por esa vía, en alguna de las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En suma, se tiene que la jurisprudencia trazada por esta Corporación sostiene que para enervar mediante acción de tutela la providencia que resuelve un incidente de desacato, es preciso que se reúnan los siguientes requisitos:

- i) 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) Se acrediten los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y se sustente, por lo menos, la configuración una de las causales específicas (defectos).
- iii) 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.

En el presente caso los H. Magistrados se están extralimitando en sus funciones al considerar que no se está dando cumplimiento al fallo de tutela, pese a las acciones que se han venido adelantando, puntualmente, la entrega de insumos conforme a orden médica actualizada, vulnerando así el derecho de defensa por cuanto no toman en cuenta lo explicado anteriormente y por el contrario impone una sanción arbitraria ya que desconocen lo explicado por la Corte Constitucional quien ha sostenido que el fin del mecanismo de desacato es la persuasión al obligado mas no el castigo, y que se puede evitar la materialización de las medidas correctivas demostrando que se ha cumplido la orden judicial.

² Corte Constitucional Sentencia SU 034- 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo

³ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU034-18.htm>

Adicionalmente, en el presente caso, la decisión dictada en el trámite de desacato se encuentre ejecutoriada, ya que mediante providencia de fecha 20 de agosto de 2021 la Corte Suprema de Justicia confirmó la sanción dictada por el Tribunal Superior de Cali.

Además los argumentos que se vienen esgrimiendo en la presente acción de tutela, son los mismos que fueron planteados cuando se solicitó la inaplicación de la sanción, no se traen alegaciones nuevas y cabe resaltar que esta acción de tutela va en contra de las decisiones tomadas al interior del trámite incidental, es de decir, la providencia que confirmó la sanción y los dos autos posteriores que negaron la inaplicación de la sanción, es decir no va en contra del fallo de tutela, el cual claramente tiene carácter vinculante y se encuentra en firme.

En cuanto a los defectos sustanciales la Corte Constitucional ha señalado que se presentan cuando 'la autoridad judicial (...) opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica'. Se trata de un yerro producto de la irregular interpretación o aplicación de normas jurídicas a un caso sometido a conocimiento del juez.

"Igualmente se ha indicado que el defecto sustantivo tiene lugar de distintas maneras:

(ii) cuando a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o 'la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes' o cuando se aplica una norma jurídica de forma manifestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial;

(vi) cuando la decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso o

(viii) la decisión no está justificada en forma suficiente de tal manera que se afectan derechos fundamentales;

"Al tenor de lo expuesto, esta Corporación ha señalado que la tutela es procedente para controvertir la interpretación elaborada por el juez natural en un caso concreto cuando 'resulta insostenible desde el punto de vista constitucional por (i) entrar en conflicto con normas constitucionales; (ii) ser irrazonable, pues la arbitrariedad es incompatible con el respeto por el debido proceso; (iii) devenir desproporcionada, al lesionar excesivamente los intereses de una de las partes, siempre que esa afectación ostente relevancia constitucional, o (iv) ser incompatible con la interpretación autorizada, y decantada por las altas cortes.'

"En conclusión, la Sala considera que el defecto sustantivo obedece a situaciones excepcionales en las que se pueda demostrar el abuso de la autonomía judicial en cuanto a la extralimitación en la función de los jueces de interpretar el derecho. En el defecto sustantivo, lo que acaece es el salto a las restricciones que la misma Constitución impone en virtud de principios, derechos, deberes constitucionales y el respeto por la jurisprudencia de unificación de las Altas Cortes. Es por esta razón que el camino a seguir por el juez de tutela ante la alegación de un defecto sustantivo es estrecho; no debe ser el juez constitucional quien señale la interpretación correcta o conveniente en un caso específico por encima del juez natural."

La autonomía de los jueces es uno de los ejes axiales del Estado social y democrático de Derecho instaurado en la Constitución de 1991. Sin embargo, no se trata de un principio absoluto, en la medida en que debe ser armonizado con otros principios y derechos de jaez constitucional, habida cuenta de que, si bien los enunciados jurídicos son regularmente susceptibles de diversas de posturas y apreciaciones, la seguridad jurídica, la buena fe, la confianza legítima, la coherencia del sistema y el derecho a la igualdad de los asociados son máximas insoslayables en el ámbito de la interpretación judicial.

Por su parte, al pronunciarse en sede de consulta, la Corte Suprema de Justicia, bien podía haber detectado dicha anomalía y abstenerse de confirmar una sanción por desacato que, como salta a la vista, para ese momento ya se había acatado la orden judicial y no por el contrario desbordarse en los márgenes competenciales propios de este grado jurisdiccional.

En el caso de este Establecimiento de Sanidad Militar no hubo pronunciamiento al momento en que fue requerido para el cumplimiento, sin embargo se adelantaron las acciones correspondientes a fin de lograr efectivamente la entrega de los insumos al paciente y una vez materializado lo anterior, se acreditó el cumplimiento y se solicitó la inaplicación de la sanción, las cuales fueron despachadas desfavorablemente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Jurisprudenciales:

Por otra parte, en el proceso de verificación que adelanta el juez del desacato, es menester analizar, conforme al principio constitucional de buena fe, si el conminado a cumplir la orden se encuentra inmerso en una circunstancia excepcional de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad absoluta jurídica o fáctica para conducir su proceder según lo dispuesto en el fallo de tutela. Bajo esa óptica, no habría lugar a imponer una sanción por desacato en los casos en que (i) la orden de tutela no ha sido precisa, porque no se determinó quién debía cumplirla o porque su contenido es difuso, y/o (ii) el obligado ha adoptado alguna conducta positiva tendiente a cumplir la orden de buena fe, pero no se le ha dado la oportunidad de hacerlo.

En este contexto cobra vertebral importancia un juicio adecuado en torno a la *responsabilidad subjetiva* en cabeza del destinatario de la orden de tutela, pues no basta con constatar el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso para dar por supuesta una actitud indolente por parte del mismo. Es por esto que se ha sostenido que “*al ser el desacato un mecanismo de coerción que surge en virtud de las facultades disciplinaria de los jueces a partir de las cuales pueden imponer sanciones consistentes en multas o arresto, éstas tienen que seguir los principios del derecho sancionador*”.

De allí se desprende que corresponde a la autoridad competente verificar si efectivamente existe una responsabilidad subjetiva en el incumplimiento de la orden judicial –lo que, a su vez, conlleva examinar si se da un nexo causal fundado en la culpa o el dolo entre el comportamiento del demandado y el resultado^[51]– pues si no hay contumacia o negligencia comprobadas –se insiste– no puede presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento y, por lo tanto, no es procedente la sanción^[52].

En la misma línea, es constante y reiterada la jurisprudencia constitucional en el sentido de que, por inscribirse en el ejercicio del poder jurisdiccional sancionatorio, la vía incidental del desacato exige una plena observancia del *debido proceso*, por lo que el juez instructor debe respetar las garantías de los involucrados y concentrarse en determinar en estricto derecho lo relativo al cumplimiento, toda vez que “[s]i el incidente de desacato finaliza con decisión condenatoria, puede haber vía de hecho si no aparece la prueba del incumplimiento, o no hay responsabilidad subjetiva”, al paso que “[s]i el auto que decide el desacato absuelve al inculcado, se puede incurrir en vía de hecho si la absolución es groseramente ilegal.”^[53]

Acerca de la *finalidad* que persigue el incidente de desacato, la postura que de vieja data ha acogido la Sala Plena de esta Corte y que se ha mantenido es que, si bien una de las consecuencias derivadas de este trámite incidental es la imposición de sanciones por la desobediencia frente a la sentencia, su auténtico propósito es lograr el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada^[55]; de suerte que no se persigue reprender al renuente por el peso de la sanción en sí misma^[56], sino que ésta debe entenderse como una forma para inducir que aquel encauce su conducta hacia el cumplimiento, a través de una medida de reconvención cuya objetivo no es otro que auspiciar la eficacia de la acción impetrada y, con ella, la reivindicación de los derechos quebrantados.

En consecuencia, cuando en el curso del incidente de desacato el accionado se persuade a cumplir la orden de tutela, no hay lugar a la imposición y/o aplicación de la sanción:

“[L]a imposición o no de una sanción dentro del incidente puede implicar que el accionado se persuada o no del cumplimiento de una sentencia. En efecto, en caso de que se inicie el incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desacatado lo ordenado por el juez de tutela, quiera evitar la sanción, deberá acatar la sentencia.

“En caso de que se haya adelantado todo el trámite y resuelto sancionar por desacato, para que la sanción no se haga efectiva, el renuente a cumplir podrá evitar ser sancionado acatando.”

Ahora bien: en el evento de que, tras comprobar el hecho objetivo del incumplimiento aunado a la responsabilidad subjetiva del obligado, el juez resuelva imponer las sanciones por desacato de arresto y/o multa previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, la decisión debe ser revisada por el superior funcional en grado jurisdiccional de consulta, el cual, como ya se anticipaba *ut supra*, no se trata de un recurso que se presente a petición de parte, sino de un control que opera automáticamente, con el fin de que la autoridad de nivel superior establezca la legalidad de la decisión adoptada por el inferior.

Al evaluar el alcance de la decisión del juez que resuelve la consulta en el marco de un incidente de desacato, este Tribunal ha establecido que en esta etapa del trámite la autoridad competente deberá verificar los siguientes aspectos:

(i) si hubo incumplimiento y si este fue total o parcial, apreciando en ambos casos las circunstancias del caso concreto –la causa del incumplimiento - con el fin de identificar el medio adecuado para asegurar que se respete lo decidido.

(ii) si existe incumplimiento, deberá analizar si la sanción impuesta en el incidente de desacato es la correcta, en esta etapa, se corrobora que no haya una violación de la Constitución o de la Ley y que la sanción es adecuada, dadas las circunstancias específicas de cada caso, para alcanzar el fin que justifica la existencia misma de la acción de tutela, es decir, asegurar el goce efectivo del derecho tutelado por la sentencia.

De lo expuesto, se colige que al momento de resolver un incidente de desacato, la autoridad judicial debe tomar en consideración si concurren *factores objetivos y/o subjetivos* determinantes para valorar el cumplimiento de una orden de tutela por parte de su destinatario.

Entre los *factores objetivos*, pueden tomarse en cuenta variables como (i) la imposibilidad fáctica o jurídica de cumplimiento, (ii) el contexto que rodea la ejecución de la orden impartida, (iii) la presencia de un estado de cosas inconstitucional, (iv) la complejidad de las órdenes, (v) la capacidad funcional de la persona o institucional del órgano obligado para hacer efectivo lo dispuesto en el fallo, (vi) la competencia funcional directa para la ejecución de las órdenes de amparo, y (vii) el plazo otorgado para su cumplimiento.

Por otro lado, entre los *factores subjetivos* el juez debe verificar circunstancias como (i) la responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) del obligado, (ii) si existió allanamiento a las órdenes, y (iii) si el obligado demostró acciones positivas orientadas al cumplimiento. Vale anotar que los factores señalados son enunciativos, pues, en el ejercicio de la función de verificación del cumplimiento, el juez puede apreciar otras circunstancias que le permitan evaluar la conducta del obligado en relación con las medidas protectoras dispuestas en el fallo de tutela.

DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS

Con las decisiones ahora impugnadas se me están vulnerando los siguientes derechos fundamentales: DERECHO A LA LIBERTAD, DERECHO AL DEBIDO PROCESO, DERECHO AL BUEN NOMBRE y el DERECHO A LA IGUALDAD.

Las decisiones descritas significan una afectación sobre mis derechos fundamentales a la libertad y al debido proceso, pues implican la subsistencia injustificada de una sanción de arresto y multa por desacato, a pesar de que la entidad desplegó acciones positivas orientadas al cumplimiento del fallo, conforme a las competencias y las posibilidades materiales de ejecutar lo dispuesto.

PRETENSIÓN

1. Se **REVOQUE** el auto que resolvió sancionar de fecha (12) de agosto de 2021 y se impuso dentro del trámite incidental con número de radicado 2016-00621-00 (8563) en mi contra en calidad de Directora del Dispensario Médico de Cali por el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CIVIL DE DECISIÓN** Magistrado FLAVIO EDUARDO CÓRDOBA FUERTES, al observarse que este establecimiento de Sanidad Militar está cumplimiento con el fallo de tutela de fecha 19 de agosto de 2016 y la orden judicial que a la fecha se mantiene de entregar insumos de manera retroactiva es a todas luces arbitraria y se torna injustificada por carecer de motivación que sustente lo ordenado por cuanto no dan cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones.
2. En consecuencia **SE DEJE SIN EFECTOS** la providencia de fecha 20 de agosto de 2021 que confirmó la sanción proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y los autos posteriores de fecha 26 y 31 de agosto de 2021 que profirió el Tribunal Superior de Cali Sala Civil y que negaron la inaplicación de la sanción.
3. Una vez se acceda a lo anterior, **NOTIFICAR a la SIJIN** para su conocimiento y fines pertinentes.

MEDIDA PROVISIONAL

1. Respetuosamente se solicita a la H. Corte que en virtud de lo dispuesto por el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, fundamentado además en la urgencia que el caso amerita, se solicita que se **ORDENE** como **MEDIDA PROVISIONAL**, la **SUSPENSIÓN** inmediata de la providencia de fecha 20 de agosto de 2021 mediante la cual en sede de consulta fue confirmada la sanción de fecha 12 de agosto de 2021 dentro de la acción de tutela con número de radicado. 2016-00621-00 (8563) y como consecuencia se **SUSPENDA LA ORDEN DE ARRESTO** y multa en mi contra en calidad de Directora del Dispensario Médico de Cali. Una vez se acceda a lo anterior, **NOTIFICAR a la SIJIN** para su conocimiento y fines pertinentes.

JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que no he formulado antes ACCIÓN DE TUTELA ante ninguna otra autoridad judicial por los mismos hechos y derechos respecto de la sanción impuesta en el incidente de desacato con número de radicado. 2016-00621-00 (8563) dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil de Cali.

PRUEBAS

Documentales:

1. Copia del fallo de tutela de fecha diecinueve (19) de agosto de 2016 aprobado por Acta No. 071 el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil.
2. Copia auto de fecha 12 de agosto de 2021 del Tribunal Superior del Distrito Judicial.
3. Copia de la providencia de fecha 20 de agosto de 2021 proferida por la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, en la cual resolvió Confirmar el auto de fecha 12 de agosto de 2021, objeto de consulta.
4. Copia del auto de fecha 26 de agosto de 2021 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial sala Civil en el cual resolvió “Negar por improcedente la petición de la inaplicación de la sanción”
5. Copia del auto de fecha 31 de agosto de 2021 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial sala Civil en el cual resolvió “Negar por improcedente la petición de la inaplicación de la sanción”
6. Copia de constancias de entregas de insumos al señor Antonio Rayo de fecha 12 de agosto y 09 de septiembre de 2021 en cumplimiento al fallo de tutela con radicado No. 2016-00621.

NOTIFICACIONES

1. La Corte Suprema de Justicia Sala Civil recibe notificaciones judiciales en el correo electrónico notificacionestutelacivil@cortesuprema.ramajudicial.gov.co - secretariacasacioncivil@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
2. Tribunal Superior Del Distrito Judicial Sala Civil de Cali recibe notificaciones judiciales en sscivcali@cendoj.ramajudicial.gov.co
3. La suscrita recibe las notificaciones judiciales en el correo electrónico juridicahospitalmilitarcali@gmail.com - direcciónmcal@gmail.com o en la dirección Calle 4 No. 88-35 Edificio de Sanidad Militar – Dispensario Médico de Cali.

Atentamente,



Coronel **BEATRIZ SILVA MIRANDA**
Directora del Dispensario Médico de Cali

125