

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y CUMPLIMIENTO DE FALLOS JUDICIALES-Demora en dar eficacia a orden de tutela y dirimir el incidente de desacato, ante negligencia de EPS para garantizar la atención en salud de menor amparado

Los operadores judiciales se obligan a cumplir una serie de deberes, salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia en el desempeño de su cargo, en razón de lo cual pueden ser sujetos de sanciones disciplinarias, cuando incurran en cualquier comportamiento de los contemplados en el estatuto disciplinario que conlleven el incumplimiento de deberes, involucren una extralimitación en el ejercicio de sus derechos y funciones o den lugar a alguna prohibición, inhabilidad e incompatibilidad. De otro lado, la Sala no puede pasar por alto la oportunidad para reiterar que las Empresas Prestadoras de Salud se encuentran obligadas a prestar a sus usuarios los servicios de salud requeridos de forma ininterrumpida, dando aplicación no solo al “principio de integralidad” sino “al principio de continuidad”, sin dilaciones injustificadas hasta que se haya logrado la total recuperación o, en caso de que ello no fuera posible, hasta que el tratamiento logre el efecto para el cual se prescribió; pues es claro que, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corte, “los conflictos de tipo contractual o administrativo que se presenten con otras entidades o al interior de la propia empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad, permanencia y finalización óptima de los servicios y procedimientos médicos ordenados.”

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO CUANDO FALLECE EL TITULAR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES-Menor falleció sin que se autorizara su traslado a un hospital de cuarto nivel, para atender su estado de salud

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL QUE RESUELVE INCIDENTE DE DESACATO-Procedencia excepcional

La labor del juez constitucional que conoce una tutela promovida en contra de decisiones adoptadas en un incidente de desacato se limita a verificar primero, que el trámite incidental haya concluido para luego comprobar si la decisión que le puso fin al desacato se ajustó a lo ordenado en el fallo de tutela, si el trámite que lo antecedió respetó el debido proceso de las partes, si la sanción que eventualmente se hubiera impuesto fue razonable, de conformidad con lo probado en el caso y por último, pasar a determinar si se configuran los supuestos de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

INCIDENTE DE DESACATO COMO MECANISMO DE CARACTER JUDICIAL PARA HACER CUMPLIR LOS FALLOS DE TUTELA-Jurisprudencia constitucional

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que se configura en los siguientes eventos: hecho superado, daño consumado o situación sobreviniente

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-No impide a la Corte Constitucional pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y futuras violaciones

La carencia actual de objeto por hecho superado, daño consumado u otra razón que haga inocua la orden de satisfacer la pretensión de la tutela no impide un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y la corrección de las

decisiones judiciales de instancia, salvo la hipótesis del daño consumado con anterioridad a la presentación de la acción de amparo ya que en tal escenario ésta es improcedente en virtud del artículo 6, numeral 14, del decreto 2591 de 1991. Máxime, cuando nos encontramos en sede de revisión, etapa en la cual la Corte Constitucional cumple la función de fijar la interpretación de los derechos fundamentales como autoridad suprema de la jurisdicción constitucional.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS QUE RESUELVEN INCIDENTES DE DESACATO-  
Requisitos de procedencia/ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos  
generales y especiales de procedibilidad

DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO-Configuración

DEFECTO FACTICO-Configuración/DEFECTO FACTICO-Dimensión positiva por indebida  
apreciación probatoria

CARACTERIZACION DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE  
CONSTITUCIONAL

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION-Estructuración

Referencia: Expediente T-7.806.285

Acción de tutela interpuesta por Rigoberto Suárez Bobadilla en calidad de agente oficioso del menor Liam David Martínez Suárez contra el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside; en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos emitidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca Sala Civil – Familia<sup>1</sup> en primera instancia y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup> en segunda instancia.

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), el Decreto 2591 de

1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), la Sala de Selección Número Dos de la Corte Constitucional seleccionó para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia<sup>3</sup>. De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a tramitar y proyectar la sentencia correspondiente.

## I. ANTECEDENTES

El 11 de octubre de 2019<sup>4</sup>, Rigoberto Suárez Bobadilla como agente oficioso del menor Liam David Martínez Suárez interpuso acción de tutela contra el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá por considerar que dicha autoridad, al revocar en grado de consulta la sanción impuesta al Coordinador Nacional del Cumplimiento de Fallos de Tutela de COOMEVA EPS, con ocasión de un incidente de desacato presentado por él, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de su agenciado. En concepto del accionante la sanción debió haber quedado en firme, pues “la empresa promotora de salud COOMEVA dilató y obstaculizó por más de 20 meses un tratamiento integral ordenado por el médico tratante”<sup>5</sup>.

### 1. Hechos

1.1. El Juzgado Primero Civil Municipal de Chía, Cundinamarca, mediante sentencia del quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), decidió a favor de Liam David Martínez Suárez (para la fecha el menor tenía 4 meses de edad<sup>6</sup>) una acción de tutela presentada por Rigoberto Suárez Bobadilla, abuelo y agente oficioso del niño, contra COOMEVA EPS. En la parte resolutive del fallo se ordenó en el numeral segundo “(...) a COOMEVA E.P.S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas autorice y haga todas las actuaciones tendientes a generar el traslado del menor LIAM DAVID MARTÍNEZ SUÁREZ a un centro especializado que cuente con las condiciones descritas ordenadas por el médico tratante”. En el numeral tercero “(...) a COOMEVA E.P.S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas brinde tratamiento integral al menor LIAM DAVID MARTÍNEZ SUÁREZ conforme a la parte motiva de

esta providencia”<sup>7</sup>.

1.2. Afirma el accionante que en lugar de lo ordenado “le enviaron una ambulancia para hacerle un examen y no para trasladarlo al hospital de tercer nivel”. Por esta razón, el 20 de diciembre de 2017 radicó un incidente de desacato ya que el menor necesitaba con urgencia “Estudio de biología molecular en espécimen con múltiple muestreo, con el fin de saber las causas de la trombocitopenia<sup>8</sup>, enfermedad por la cual tuvo varias hospitalizaciones”.

1.3. El Juzgado Primero Civil Municipal de Chía, Cundinamarca, dio apertura al incidente de desacato el 18 de mayo de 2018<sup>9</sup> y mediante fallo del 20 de agosto de 2019 resolvió sancionar al Coordinador Nacional del Cumplimiento de Fallos de Tutela de COOMEVA EPS “con arresto domiciliario de tres (3) meses y multa equivalente a quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes”<sup>10</sup>.

El despacho precisó que “efectivamente ordenó a COOMEVA EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas brinde al menor de edad agenciado tratamiento integral en virtud de la enfermedad que padece denominada Síndrome de Wiskott Aldrich<sup>11</sup> cuyo único tratamiento efectivo es el trasplante de médula ósea, tal como logra extraerse de la historia clínica del paciente que milita en el expediente, sin embargo desde la fecha en que se dio inicio al presente trámite (15/01/2018) a la fecha, han transcurrido más de 18 meses sin que se haya logrado el mismo, aunado al hecho que han sido múltiples los requerimientos que se han efectuado a la EPS para que se practiquen los exámenes preparatorios al trasplante”.

Advirtió el juzgador que “al no ser cumplidas las órdenes por parte de la EPS conforme a los lineamientos indicados por el médico tratante, conllevó a que el examen denominado ‘TIPIFICACIÓN ANTIGENO LEUCOCITARIO HUMANO CLASE I y II (A B C Dr Dq Dp) fuere practicado en el Instituto Yunis Turbay de manera particular, lo que denota una vez más la negativa de la EPS en dar cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela y en el

incumplimiento a las obligaciones contraídas con sus afiliados, pasando por alto que el infante goza de protección constitucional especial y que como se extrae de la historia clínica es un paciente con una enfermedad de alto riesgo cuya expectativa de vida no supera los dos años de edad. Resaltó igualmente que la accionada ha dilatado el cumplimiento del fallo a la hora de prestar los servicios y/o autorizar los procedimientos para el menor Martínez Suárez”.

1.4. La anterior decisión fue objeto de consulta ante el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá, el cual mediante fallo emitido el 18 de septiembre de 2019 revocó el proveído y se abstuvo de imponer sanción alguna.

Consideró el juzgador que COOMEVA EPS cumplió la orden impartida en la sentencia de la acción constitucional, al advertir que en memorial de fecha 4 de junio el incidentante indicó “...4. En cuando (sic) a las órdenes de servicio allegadas como prueba al Juzgado por parte de COOMEVA EPS, cabe precisar que las mismas fueron efectivas y el día 27 de febrero de 2019 se realizaron los exámenes de laboratorios (sic) requeridos, sin embargo una vez presentados los resultados al médico tratante, ha manifestado que estos no son expedidos por un laboratorio clínico idóneo y confiable para que se pueda continuar con los procedimientos necesarios para el paciente y por lo tanto hay necesidad de repetirlos en el laboratorio clínico Yunis Turbay...”. El juzgador estimó que debe tenerse en consecuencia por cumplida la orden dada en la sentencia de tutela “pues el menor requería de los exámenes mencionados y la EPS COOMEVA los autorizó y practicó a través de la IPS Biotecnología y Genética BIOTECGEN SA” 12.

1.5. Ante la inoperancia e incumplimiento de COOMEVA EPS para brindar la urgente atención requerida por Liam David Martínez Suárez, dice el accionante que presentó el 18 de septiembre de 2019 una nueva acción de tutela, en la que el Juzgado Tercero Civil Municipal de Chía-Cundinamarca, concedió medida provisional y ordenó a la EPS accionada que “dentro del término de TRES (3) HORAS siguientes a la notificación realice todos los trámites pertinentes para que al menor LIAM DAVID MARTÍNEZ SUÁREZ le sea realizado de manera inmediata el ‘TRASPLANTE ALOGÉNICO DE CÉLULAS MADRES HEMATOPOYÉTICAS DE

CORDÓN UMBILICAL', en los términos ordenados por su galeno tratante, informando su cumplimiento”.

1.6. El 2 de octubre de 2019 el Juzgado Tercero Civil Municipal de Chía-Cundinamarca resolvió de fondo la tutela, amparó los derechos fundamentales a la salud y a la vida de Liam David y ordenó a la EPS FAMISANAR, “donde fue trasladado por la pérdida de COOMEVA de su habilitación para tener afiliados en el departamento de Cundinamarca (sic), que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a realizar todos los trámites tendientes para que se autorice, programe y realice el procedimiento quirúrgico denominado ‘TRASPLANTE ALOGÉNICO DE CÉLULAS MADRES HEMATOPOYÉTICAS DE CORDÓN UMBILICAL’ en la IPS Fundación Hospital de la Misericordia de la ciudad de Bogotá, en los términos ordenados por los galenos tratantes del paciente”.

1.7. Explicó el demandante que el largo relato de los principales hechos acaecidos por la enfermedad del menor de edad, dan cuenta de cómo la EPS COOMEVA dilató y obstaculizó por más de 20 meses un tratamiento eficiente y oportuno de su calamitosa enfermedad, “prueba de lo afirmado es el sin número de quejas presentadas por el incumplimiento del tratamiento integral ordenado por el personal médico”.

En su sentir, a la señora Juez Primera de Familia de Zipaquirá “le bastó una simpleza, un hecho circunstancial irrelevante para levantar la sanción y desproteger, sin ningún reparo, a Liam David. No le importó el concepto del médico tratante, pasó por encima del precedente jurisprudencial que establece que ningún trámite administrativo de la entidad encargada de autorizar y brindar el servicio médico requerido, puede obstaculizar la efectiva prestación del servicio. La decisión judicial que se impugna es evidentemente atentatoria de los derechos constitucionales de Liam David al dejarlo desamparado por medio de una decisión judicial que liberó a COOMEVA EPS de sus incumplimientos a una obligación legal, contractual y judicial de brindar los servicios integrales de salud requeridos por necesidad de un paciente en grave e inminente riesgo”.

1.8. Alegó que en la providencia judicial emitida por la Juez Primera de Familia de Zipaquirá se configura “(i) un defecto procedimental absoluto, pues no tuvo en cuenta el estado actual de salud del usuario y las pruebas aportadas sobre el incumplimiento del fallo no fueron valoradas en conjunto; (ii) violación directa de la Constitución; (iii) decisión judicial sin motivación; y (iv) violación al debido proceso por no dar trámite urgente y diligente al incidente de desacato”<sup>13</sup>.

1.9. En estos términos, solicita “(i) tutelar los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la especial protección del Estado, por la condición del menor de edad enfermo grave de una enfermedad rara o huérfana, ofendidos por el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá; y (ii) ordenar la nulidad de la decisión en grado de consulta del 18 de septiembre de 2019 dictada por el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá, sobre el desacato que fue promovido en contra de COOMEVA EPS, en su lugar, ordenar a la juez expedir una nueva providencia en instancia de consulta acorde con las circunstancias de hecho y derecho que corresponden”.

## 2. Contenido de la solicitud de tutela

2.1. Con fundamento en los hechos expuestos, el señor Rigoberto Suárez Bobadilla como representante de su nieto Liam David Martínez, solicitó la protección de los derechos fundamentales “al debido proceso y acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la especial protección del Estado, por la condición del menor de edad enfermo grave de una enfermedad rara o huérfana”, así como la nulidad de la providencia emitida el 18 de septiembre de 2019 por el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá, que decidió en grado de consulta sobre el desacato promovido en contra de COOMEVA EPS. A su juicio, en la mencionada decisión se configuran los siguientes defectos: (i) defecto procedimental absoluto; (ii) violación directa de la Constitución; y (iii) decisión judicial sin motivación, los

cuales fundamenta a partir de diversos pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional<sup>14</sup>.

Por ser relevante para el caso, se expondrá el contenido de la providencia contra la que se dirige la acción de tutela.

La providencia emitida por el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá que resolvió en grado de consulta el incidente de desacato formulado por el señor Rigoberto Suárez Bobadilla<sup>15</sup>.

Correspondió al Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá resolver la consulta del pronunciamiento emitido el 20 de agosto de 2019 por el Juzgado Primero Civil Municipal de Chía - Cundinamarca, mediante el cual resolvió (i) “declarar que el Coordinador Nacional del cumplimiento de los fallos de tutela de COOMEVA EPS, ha incurrido en desacato”; y (ii) “sancionar con arresto de tres (3) meses y multa de quince (15) smlmv”.

#### Antecedentes expuestos en el trámite de consulta

Los antecedentes que presenta la consulta señalan que “el señor Rigoberto Suárez Bobadilla como representante de su nieto, el niño Liam David Martínez Suárez, formuló incidente de desacato de la acción de tutela instaurada contra COOMEVA EPS, teniendo en cuenta que mediante fallo de fecha 15 de noviembre de 2017, el a-quo ordenó a la EPS COOMEVA ‘...que en el término de cuarenta y ocho (48) horas brinde tratamiento integral al menor Liam David Martínez Suárez conforme a la parte motiva de esta providencia...’, dado que su nieto presenta un trastorno trombocitopenico no especificado, el pasado 18 de noviembre de 2017 le ordenaron realizar un ESTUDIO DE BIOLOGÍA MOLECULAR EN ESPÉCIMEN CON MÚLTIPLE MUESTREO, necesario para esclarecer las causas de la trombocitopenia y por las cuales ha

requerido varias hospitalizaciones, transfusiones sanguíneas y administración de inmunoglobulina, que desde la fecha en que le entregaron la orden médica para el examen estoy solicitando autorización por parte de COOMEVA EPS. Sin embargo, esta no ha sido generada dado que la EPS manifiesta no tener convenio con ninguna IPS para realizar este examen; que actualmente su nieto se encuentra nuevamente hospitalizado a causa de su patología sin que haya sido posible establecer la causa de la enfermedad y que posteriormente se estableció que padece del SÍNDROME DE WISKOTT ALDRICH”.

Según refiere el escrito, el juzgado de instancia en el trámite del desacato emitió las siguientes providencias: (i) el 7 de mayo de 2018 dispuso dar curso al trámite de incidente de desacato, corrió traslado de tres (3) días para responder y aportar o solicitar pruebas; (ii) el 18 de mayo de 2018 abrió el incidente de desacato contra el representante legal de COOMEVA EPS y el jefe nacional de cumplimiento de fallos de tutela y ordenó que hagan cumplir el fallo de tutela proferido en el término de 48 horas; (iii) el 29 de enero y el 1° de febrero de 2019 ordenó a la EPS que autorizara y programara los exámenes médicos denominados “...TIPIFICACIÓN ANTÍGENO LEUCOCITARIO HUMANO CLASE I Y II (ABC DR DQ DP) y TIPIFICACIÓN ANTÍGENO LEUCOCITARIO HUMANO LUCUS DR ALTA RESOLUCIÓN...”; (iv) el 13 de febrero de 2019 ordenó el a-quo que el examen denominado TIPIFICACIÓN ANTÍGENO LEUCOCITARIO HUMANO CLASE I Y II (ABC DR DQ DP) se realizara en el laboratorio Yunis Turbay, so pena de continuar el trámite incidental; y (v) el 15 de julio de 2019 fue abierto a pruebas el incidente.

Fallo de instancia que resolvió el incidente de desacato

En la providencia de consulta se señala que el titular del Juzgado Primero Civil Municipal de Chía-Cundinamarca en el pronunciamiento del incidente de desacato concluyó que “a pesar de los requerimientos al cumplimiento del fallo de tutela, la EPS se ha sustraído al cabal cumplimiento, teniendo en cuenta que el examen denominado TIPIFICACIÓN ANTÍGENO LEUCOCITARIO HUMANO CLASE I Y II (ABC DR DQ DP), fue practicado por el Instituto Yunis

Turbay de manera particular con dineros que le fueron donados a la familia del infante Martínez Suárez, lo que denota la negativa de la EPS de dar cumplimiento al fallo de tutela, resolviendo finalmente declarar que el Coordinador Nacional de cumplimiento de los fallos de tutela de COOMEVA EPS, ha incurrido en desacato, sancionándolo con arresto de 3 meses días (sic) y multa de 15 salarios mínimos legales mensuales”.

#### Consideraciones en el trámite de consulta

El juez de conocimiento expuso de manera exigua la figura del desacato y señaló que para su configuración “basta comparar si las órdenes prescritas en el fallo de tutela han sido cumplidas o no dentro del plazo señalado”.

Indicó que en la sentencia T-745 de 2013 la Corte Constitucional señaló respecto a la libertad de escogencia que “es un principio rector y característica esencial del sistema de salud colombiano, establecido en la Ley 100 de 1993 y desarrollado ampliamente por esa Corporación”.

Explicó igualmente, que “(i) el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 consagra la facultad de escoger en cualquier momento la EPS y las IPS que pertenezcan a la red de las EPS encargadas de prestar los servicios de salud; (ii) en el artículo 156 de la mencionada ley señala el literal g que los afiliados al sistema elegirán libremente la EPS dentro de las condiciones de la presente ley; y (iii) finalmente el artículo 159 en el numeral 3 consagra la libre escogencia y traslado entre EPS, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el gobierno nacional dentro de las condiciones previstas en la ley”.

De la misma forma mencionó que el Decreto 1485 de 1994 en el artículo 14 numerales 5 y 6 consagra la posibilidad de escoger la prestación de los servicios que integran el POS entre un

número plural de prestadores. Concluyó que “la libertad de escogencia es un derecho de doble vía, pues, en primer lugar, es una facultad de los usuarios para escoger tanto las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud, como las IPS en las que se suministrará la atención en salud y en segundo lugar, es una potestad de las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno”.

El juez de consulta en el caso estudiado encontró que el Juzgado Primero Civil Municipal de Chía-Cundinamarca, en sentencia del 15 de noviembre de 2017, resolvió: “...PRIMERO: CONCEDER EL AMPARO invocado por el señor RIGOBERTO SUÁREZ BOBADILLA como representante del menor LIAM DAVID MARTÍNEZ SUÁREZ contra la entidad accionada COOMEVA EPS...TERCERO: ORDENAR A COOMEVA EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas brinde tratamiento integral al menor LIAM DAVID MARTÍNEZ SUÁREZ conforme o la parte motivo de esto providencia (sic)...”.

“El señor Rigoberto Suárez Bobadilla como representante de su nieto, el niño Liam David Martínez Suárez, instauró acción de tutela contra COOMEVA EPSS, por cuanto requería de tratamiento integral, y con ocasión a este le fueron ordenados los siguientes exámenes y citas: ...ESTUDIO MOLECULAR DE GENES ESPECÍFICOS - CÓDIGO CUPS 908420 - GEN PARA EVALUAR PROTEÍNA WASP EN BÚSQUEDA DE SÍNDROME DE WISKOTT ALDRICH, VALORACIÓN POR GRUPO DE TRASPLANTE DE MÉDULA ÓSEA, TIPIFICACIÓN ANTIGENO LEUCOCITARIO HUMANO CLASE I Y II (ABC DR DQ DP) Y TIPIFICACIÓN ANTÍGENO LEUCOCITARIO HUMANO LOCUS DR ALTA RESOLUCIÓN, REQUERIMIENTO PARA QUE LA EPS REALICE PAGO ANTICIPADO A LA IPS BIOGEN PARA LA PRÁCTICA DEL EXÁMEN TIPIFICACIÓN ANTIGENO LEUCOCITARIO HUMANO LOCUS DR ALTA RESOLUCIÓN Y TIPIFICACIÓN ANTÍGENO LEUCOCITARIO HUMANO CLASE I Y II (ABC DR DQ DP)”.

Evidencia el juzgador que “el fallo de tutela emitido contiene una orden de protección integral y que debe cumplir la entidad COOMEVA EPSS para con el paciente Liam David Martínez Suárez, dentro de un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la providencia, presentándose la obligatoriedad al estar la tutelada

enterada de la orden a cumplir con todos los procedimientos ordenados por el médico tratante; orden que fue cumplida a cabalidad tal como lo informó el incidentante y abuelo del menor señor Rigoberto Suárez Bobadilla, en memorial de fecha 4 de junio del año que avanza, en el que indico: ...4.En cuando (sic) a las órdenes de servicio allegadas como prueba al Juzgado por parte de COOMEVA EPS, cabe precisar que las mismas fueron efectivas y el día 27 de febrero de 2019 se realizaron los exámenes de laboratorios requeridos, sin embargo una vez presentados los resultados al médico tratante Doctor Mauricio Chaparro (Oncohematólogo Pediatra), ha manifestado que estos no son expedidos por un Laboratorio Clínico idóneo y confiable para que se pueda continuar con los procedimientos necesarios para el paciente y por lo tanto hay necesidad de repetirlos en el Laboratorio Clínico YUNIS TURBAY..., debe tenerse en consecuencia por cumplida la orden dada en la sentencia de tutela, pues el menor requería de los exámenes mencionados, y la EPS COOMEVA, los autorizó y practicó a través de la IPS Biotecnología y Genética BIOTECGEN S.A., según se evidencia en los resultados de fecha 27 de febrero de 2019...”.

Respecto al examen de “...TIPIFICACION ANTÍGENO LEUCOCITARIO HUMANO CLASE I Y II (ABC DR DQ DP) que con posterioridad al incidente solicitó el accionante y que debió dar lugar a otro trámite incidental, pues se trataba de hechos posteriores al inicialmente admitido por cuanto el médico tratante de la EPS lo ordenó y que señaló fuera de la orden y en manuscrito que se practicara a través del Hospital de la Misericordia o directamente en el laboratorio Yunis Turbay (orden), el médico de la EPS, sabe que no se puede exigir practicar los exámenes en IPS no contratadas pero si lo puede sugerir y que el juez de tutela ordenó directamente en laboratorio Yunis Turbay más no en el Hospital de la Misericordia que también sugirió el galeno tratante y que según la incidentada a folios 306 a 308, estaba buscando su agendamiento con el Hospital de la Misericordia y con Biotecnología y Genética BIOTECGEN S.A., so pesar (sic) de no haber sido objeto del incidente, desconociendo el derecho de defensa de la entidad accionada y que además con la práctica de este, así fuera de forma particular se le está garantizando el derecho a la salud del niño. Téngase en cuenta que en este tipo de acciones no se le puede imponer a la EPS incidentada determinada IPS, toda vez que la libertad de escogencia de esta, se limita a las instituciones que ofrece la entidad prestadora de salud COOMEVA EPS y con las cuales tiene contrato y dentro de esta lista de instituciones, optó por practicarla en Biotecnología y Genética BIOTECGEN S.A. Al

haberse dado cumplimiento al fallo emitido dentro de la acción constitucional, debe revocarse el proveído objeto de consulta y abstenerse de imponer sanción a la entidad incidentada”.

En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá resolvió: “PRIMERO: REVOCAR el proveído de fecha 20 de agosto de 2019 proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Chía-Cundinamarca. SEGUNDO: ABSTENERSE de imponer sanción alguna al Coordinador Nacional del cumplimiento de los fallos de tutela de COOMEVA EPS. TERCERO: NOTIFICAR a los interesados esta decisión en la forma prevista en el art.32 del Decreto 2591 de 1991”.

### 3. Pruebas que obran en el expediente

3.1. Copia de la sentencia de tutela emitida el 15 de noviembre de 2017 por el Juzgado Primero Civil Municipal de Chía – Cundinamarca, en la que concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Rigoberto Suárez Bobadilla como representante del menor Liam David Martínez Suárez.<sup>16</sup>

3.2. Copia de la providencia proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Chía – Cundinamarca en la que resuelve incidente de desacato propuesto contra la EPS COOMEVA.<sup>17</sup>

3.3. Copia del fallo que en grado de consulta emitió el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá, el 18 de septiembre de 2019.<sup>18</sup>

3.4. Copia de la sentencia de tutela proferida el 21 de octubre de 2019 por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Chía – Cundinamarca.<sup>19</sup>

3.5. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Rigoberto Suárez Bobadilla.<sup>20</sup>

#### 4. Trámite procesal

4.1. Mediante auto del 15 de octubre de 2019, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil-Familia, admitió la acción de tutela promovida por Rigoberto Suárez Bobadilla como agente oficioso del menor Liam David Martínez Suárez contra el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá, vinculó al trámite constitucional al Juzgado Primero Civil Municipal de Chía, a la EPS COOMEVA, al Hospital de la Misericordia y a Famisanar EPS 21.

#### 5. Contestación de la entidad accionada y de las vinculadas.

5.1. El Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá<sup>22</sup> manifestó que “conoció

la consulta de la providencia del 20 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Chía (Cund.) dentro del incidente de desacato promovido por el accionante contra COOMEVA EPS, en la que fue sancionada la entidad.

Realizado el estudio del incidente se observó que si bien es cierto en amparo de tutela se emitió orden de protección integral y que debe cumplir la tutelada COOMEVA EPS dentro del término allí señalado, también lo es que el incidentado cumplió cabalmente tal como lo informó el incidentante y abuelo del menor en memorial de fecha 4 de junio obrante en el

expediente, por lo cual no procedía sanción alguna siendo revocada.

Ahora bien, otra situación muy distinta se da con el examen de ‘...TIPIFICACIÓN ANTÍGENO LEUCOCITARIO HUMANO CLASE I y II (ABC DR DQ DP)...’ que con posterioridad al incidente solicitó el accionante y que el médico tratante de la EPS lo ordenó y que señaló fuera de la orden y en manuscrito que se practicara a través del Hospital de la Misericordia o directamente en el laboratorio Yunis Turbay (orden), el médico tratante de la EPS no puede exigir la práctica de los exámenes en IPS no contratadas, pero si lo puede sugerir para que el interesado decida practicarla con la EPS o particularmente, y que el juez de tutela ordenó directamente en laboratorio Yunis Turbay más no en el Hospital de la Misericordia que también sugirió el galeno tratante y que según la incidentada estaba buscando agendamiento con el Hospital de la Misericordia y con Biotecnología y Genética BIOTECGEN S.A., so pesar de no haber sido objeto del incidente, desconociendo el derecho de defensa de la entidad accionada y que además fue practicado particularmente buscando con este amparo el pago del costo, que no es del resorte del incidente”.

Por lo expuesto, pidió se niegue la tutela impetrada, toda vez que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental al accionante y menos se ha puesto “como lo afirma más no lo demuestra”, en mayor riesgo la salud y la vida de Liam David.

5.2. El Hospital de la Misericordia<sup>23</sup> allegó contestación de la acción de tutela en los siguientes términos: “De acuerdo a la información suministrada por Gerencia Científica y verificando nuestro sistema de información, se evidencia que el paciente Liam David Martínez Suárez registra última valoración el día 4 de septiembre de 2019 y los siguientes diagnósticos: 1. SINDROME DE WISKOTT-ALDRICH y 2. ÓRGANOS Y TEJIDOS TRASPLANTADOS. De acuerdo con lo informado por la gerencia comercial, el menor inicialmente afiliado a COOMEVA EPS ahora a Famisanar EPS, es candidato a ‘Trasplante Alogénico de Células Progenitoras de Cordón’ con esta entidad, se está realizando el trámite para la autorización del procedimiento y su realización en nuestra Fundación, actualmente

estamos a espera de la respuesta por parte de la EPS para iniciar el trámite correspondiente para los casos de trasplante”.

En atención a lo anterior, solicitó la desvinculación de la entidad teniendo en cuenta la inexistencia de vulneración a los derechos fundamentales del paciente Liam David.

### 5.3. EPS FAMISANAR S.A.S.<sup>24</sup>

El gerente general de la entidad dio contestación alegando la falta de legitimación en la causa por pasiva.

5.4. El Juzgado Primero Civil Municipal de Chía-Cundinamarca y COOMEVA EPS guardaron silencio.

## 6. Decisiones objeto de revisión

6.1. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil-Familia, mediante sentencia proferida el 24 de octubre de 2019<sup>25</sup>, resolvió negar el amparo constitucional de tutela argumentando que las consideraciones plasmadas por la jueza cuestionada no constituyen “una vía de hecho” producto de la arbitrariedad o capricho.

Refirió que luego de verificar el cumplimiento de la orden dada por el juez municipal en sede

constitucional, “habida cuenta que la actividad desplegada por el juez accionado no denota proceder ilegítimo que le permita a la actora actuar a través del mecanismo excepcional escogido, como que lo resuelto por el funcionario accionado obedeció a una labor hermenéutica en la que, por regla general, no puede inmiscuirse el juez de tutela dado que tiene raigambre constitucional, salvo que se aprecie, como se acotó, la materialización de una inequívoca vía de hecho que, por sus connotaciones y consecuencias, es de suyo excepcional”, no queda otro camino que negar la solicitud de amparo.

Finalmente, estimó que “ante el surgimiento de nuevos hechos que no fueron tenidos en cuenta por la acción de tutela promovida ante el juzgado primero civil municipal de Chía, lo cierto es, que los mismos se encuentran amparados por el fallo de tutela proferido el 18 de septiembre de 2019, donde se ordenó el trasplante alogénico de células madres hematopoyéticas de cordón umbilical la cual está a la espera de realizarse como bien lo puntualizó la fundación Hospital la Misericordia”.

6.2. El accionante impugnó la decisión enfatizando en el largo proceso incidental que inició el 15 de enero de 2018 y se cerró en agosto de 2019, sin que la EPS haya dado cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de tutela, “siendo este el elemento central por el que se declara la existencia del desacato y se impone una sanción”. Alegó que sobre ese lapso de tiempo nada dijo la Juez Primera de Familia de Zipaquirá “por el contrario, sin prueba alguna, declara que la EPS ya dio cumplimiento a lo ordenado en la sentencia”.

Reafirmó que para la señora juez no importó el concepto del médico tratante “el medico trasplantólogo del Hospital de la Misericordia, único centro hospitalario con unidad pediátrica de trasplante de médula ósea en Bogotá, y sobre dicho concepto, el operador jurídico impone banalmente una decisión administrativa de la EPS, con lo que pasa por encima del precedente jurisprudencial constitucional que establece que ningún trámite administrativo de la entidad encargada de autorizar y brindar el servicio médico requerido, puede obstaculizar la efectiva prestación del servicio”.

Indicó que la decisión de revocar la sanción por desacato, “agrede en forma grave los precedentes judiciales de orden constitucional y la congruencia a la que está obligada toda providencia judicial, por lo que debe ser retirada del ordenamiento jurídico, para que en su lugar se emita nueva decisión en consulta frente a la sanción por desacato decidida por el Juzgado Primero Civil de Chía”.

Insistió en que “COOMEVA EPS suministró algunos de los procedimientos, negó otros y obstaculizó e incumplió con las autorizaciones y al prestar destiempo y a regañadientes los servicios, resulta por arte de birlibirloque, declarada por una Juez de Familia de Zipaquirá, como que cumple lo ordenado en tutela, sin que ello sea cierto”.

En esa medida, solicitó “que se revoque la negativa de otorgar el derecho deprecado, y en su lugar, se otorgue la protección de los derechos al debido proceso y acceso a la justicia vulnerados por la sentencia en grado de consulta emitida por el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá y se la deje sin efectos, en lo que tiene que ver con la revocatoria de la sanción por desacato impuesta al funcionario responsable de hacer cumplir las tutelas en COOMEVA EPS, se ordene a ese despacho judicial fallar en derecho y sancionar en forma ejemplar el incumplimiento del fallo de tutela”.

6.3. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en fallo de segunda instancia del 3 de diciembre de 2019 decidió confirmar lo decidido en primera instancia, esgrimiendo los mismos argumentos.

Consideró el a-quem que la petición de amparo “no tiene vocación de prosperidad, en cuanto que lo reclamado se orienta a cuestionar, sin duda, una determinación emitida por la aludida funcionaria judicial en el campo de una acción de tutela, respecto de la cual no resulta viable

un nuevo estudio del mismo linaje constitucional, así la decisión respectiva se hubiera proferido en el interior del incidente previsto por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, pues es indiscutible la estrecha vinculación que existe entre esta fase particular y la inicial prevista para definir si se dispensa o no la protección demandada, ya que acción de tutela e incidente de desacato están firmemente unidos y son etapas de un procedimiento que apuntan a una misma finalidad”. Ahondando en razones desestimatorias, el juzgador advirtió que contrario a lo expuesto por el tutelante, la decisión cuestionada no se aprecia arbitraria ni caprichosa dado que se verificó que las pruebas de laboratorio prescritas por el médico tratante del menor se practicaron el 27 de febrero, razón por la que no había lugar a mantener la aludida sanción.

Concluyó que “si el actor considera que todavía no se le han realizado todos los exámenes clínicos a su descendiente para la realización del procedimiento quirúrgico que le fue prescrito por su médico tratante, puede acudir a Famisanar EPS, entidad en la que se encuentra afiliado aquél, a solicitar repetición de las demarcadas pruebas de laboratorio y en caso de no hallar respuesta positiva, acudir nuevamente a la acción de tutela”.

## 7. Actuaciones en sede de revisión ante la Corte Constitucional

7.1. El señor Rigoberto Suárez Bobadilla radicó ante la Corte Constitucional escrito ciudadano solicitando la revisión de la acción de tutela<sup>26</sup>.

El peticionario relató cronológicamente los hechos que sustentaron la acción de amparo y el trámite judicial que emprendió desde el 15 de noviembre de 2017 y que culminó en diciembre de 2019 cuando se surtió la segunda instancia de la presente tutela. Adicionalmente, informó que el 18 de diciembre de 2019 Liam David Martínez Suárez falleció.

7.2. Amicus curiae de la “Fundación Vamos Jero, por el derecho de intentarlo todo en la vida”<sup>27</sup>.

Representantes de esta Fundación invocan el inciso segundo, artículo 13 del Decreto 2591 de 1991<sup>28</sup>, para intervenir en el presente proceso.

Solicitaron a la Corte tener en cuenta su intervención, especialmente respecto a la utilización del incidente de desacato en el marco del cumplimiento de acciones de tutela promovidas en contra de operadores del servicio de salud en sus diferentes modalidades y, propiamente, sobre la interposición de acciones de tutela en contra de las providencias que tramitan y resuelven dichos incidentes, cuando estas decisiones culminan en la inoperabilidad de la decisión de la acción de tutela, el menoscabo de los derechos fundamentales del solicitante y la ausencia de sanción a los responsables del incumplimiento de la orden constitucional.

Consideraron que el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá dejó de valorar las particularidades del caso de Liam David, basando su decisión únicamente en el proceder administrativo de Coomeva EPS, la cual nunca prestó la atención que requería el menor. En su parecer, el juez omitió las consideraciones del médico tratante sobre cada uno de los pasos, componentes y calidad de materiales e insumos a seguir para realizar una intervención con posibilidades de éxito como la que requería el menor.

Señalaron que la prueba más rotunda de la vulneración prolongada de los derechos de Liam David por parte de Coomeva EPS es el hecho de que tuvieron que ser decididas dos acciones de tutela a su favor para que le fueran ordenados los procedimientos y exámenes médicos que requería urgentemente por la gravedad de su condición.

Lamentaron que la decisión proferida por el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá beneficiara a los responsables de violar las obligaciones que les correspondía como prestadores del servicio de salud, que ni cumplieron ni fueron sancionados.

Estimaron que recurrir a la justicia no resultó para Liam David la protección de sus derechos pues en su caso el retraso, la fragmentación y la interrupción del servicio fueron la regla en la atención brindada, en cambio sí supuso el agotamiento de su tiempo vital y el acaecimiento desgraciado de su muerte en el interregno de los trámites y términos judiciales.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241 -numeral 9°- de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Problema jurídico a resolver

En el presente caso se estudia una tutela contra la providencia que en grado de consulta dio

por terminado el incidente de desacato presentado por el accionante contra COOMEVA EPS.

Esta Sala debe determinar si el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá vulneró los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la especial protección del Estado, del menor Liam David Martínez Suárez al revocar en grado de consulta la sanción impuesta al Coordinador Nacional del Cumplimiento de Fallos de Tutela de COOMEVA EPS.

Para resolver el interrogante planteado, la Sala efectuará una reiteración jurisprudencial sobre (i) los requisitos generales y causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra la providencia que resuelve el trámite incidental de desacato; (iii) el incidente de desacato como mecanismo de carácter judicial para hacer cumplir los fallos de tutela; (iv) carencia actual de objeto por daño consumado por muerte del titular de los derechos fundamentales invocados; (v) procederá al examen del caso concreto y la posible determinación de los defectos alegados por la parte accionante.

3. Requisitos generales y causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional sistematizó en su jurisprudencia unos lineamientos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, como presupuestos previos por medio de los cuales se determina la viabilidad del análisis constitucional en sede de revisión. En la sentencia C-590 de 200529 se compilaron dichos preceptos.

Como requisitos generales de procedencia, también denominados por la jurisprudencia como requisitos formales se establecieron:

“(i) Que el asunto objeto de estudio tenga una clara y marcada relevancia constitucional, lo que excluye que el juez constitucional se inmiscuya en controversias cuya resolución corresponde a los jueces ordinarios, imponiéndole entonces la carga de exponer los motivos por los cuales la cuestión trasciende a la esfera constitucional, por estar comprometidos derechos fundamentales.

(ii) Que se hayan desplegado todos los mecanismos de defensa judicial, tanto ordinarios como extraordinarios, de que disponía el solicitante, a menos que se pretenda conjurar la consumación de un perjuicio irremediable a sus derechos fundamentales; exigencia enfocada a evitar que la tutela sea utilizada para sustituir el medio judicial ordinario.

(iii) Que la acción de tutela se haya interpuesto dentro de un término razonable y proporcionado a partir del evento que generó la vulneración alegada, es decir, que se cumpla con el requisito de inmediatez; con el fin de que no se sacrifiquen los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica que sustentan la certidumbre sobre las decisiones de las autoridades judiciales.

(iv) Que si se trata de una irregularidad procesal, tenga una incidencia directa y determinante sobre el sentido de la decisión a la cual se atribuye la violación. Empero, de acuerdo con la sentencia C-591 de 2005, si la irregularidad constituye una grave lesión de derechos fundamentales, la protección de los mismos se genera independientemente del efecto sobre la decisión y, por lo tanto, hay lugar a la anulación del juicio (v. gr. prueba ilícita susceptible de imputarse como crimen de lesa humanidad).

(v) Que el solicitante identifique de forma razonable los hechos generadores de la vulneración y los derechos afectados, y que hubiere alegado tal circunstancia al interior del proceso en donde se dictó la sentencia atacada.

(vi) Que la acción no se dirija en contra de sentencias de tutela, con el fin de que no se prolonguen indefinidamente las controversias en torno a la protección de los derechos fundamentales; máxime si tales fallos están sometidos a un riguroso proceso de selección ante la Corte, que torna definitivas las providencias excluidas de revisión.”<sup>30</sup>

Superado este estudio previo, se estableció que la providencia en revisión además debe acreditar la existencia de por lo menos una causal o defecto específico de procedibilidad, dentro del conjunto de causales específicas de procedencia o requisitos materiales definidos por la jurisprudencia de esta Corporación, así:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

“b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

“c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

“d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

“f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos

fundamentales.

“g. 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.

“h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

“i. Violación directa de la Constitución.”

Adelantados estos supuestos de procedibilidad, ha dicho la Corte, “el juez constitucional conseguirá precisar si el pronunciamiento judicial acusado quebranta los derechos consagrados en la Constitución y, de ser así, le corresponderá despojarlo de la coraza que le otorgan los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica”<sup>31</sup>.

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra la providencia que resuelve el trámite incidental de desacato. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional en la sentencia C-243 de 1996<sup>32</sup> al examinar la constitucionalidad del artículo 5233 del Decreto 2591 de 1991, fijó su sentido y alcance. Consideró que este precepto “establece un procedimiento especial aplicable específicamente al caso en él contemplado, en cuanto dispone que la persona que incumpla una orden judicial proferida dentro del trámite de un proceso de tutela puede ser sancionada por el mismo juez mediante

trámite incidental, otorgando el grado de jurisdicción llamado consulta solamente para la providencia que decide el incidente y, si es del caso, impone la sanción”. Frente a los posibles recursos que cabrían contra el auto que decide el trámite incidental, el legislador “guardó silencio, estableciendo tan sólo, como obligatorio frente a esta decisión, el grado de jurisdicción de la consulta”<sup>34</sup>.

Concluyó la sentencia que el precepto examinado “consagra un trámite incidental especial, que concluye con un auto que nunca es susceptible del recurso de apelación, pero que, si dicho auto es sancionatorio, debe ser objeto del grado de jurisdicción llamado consulta, cuyo objeto consiste en que el superior jerárquico revise si está correctamente impuesta la sanción, pero que en sí mismo no se erige como un medio de impugnación. Y ello es así por cuanto el trámite de la acción de tutela es un trámite especial, preferente y sumario que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales, lo cual implica una especial relevancia del principio de celeridad”.

En este sentido, la Corte ha construido una sólida línea jurisprudencial sobre la procedibilidad excepcional de las acciones de tutela que cuestionan providencias proferidas en el trámite del incidente de desacato. Específicamente, frente al requisito de subsidiariedad, ha definido la satisfacción de este, a partir de una sola regla, “aquella según la cual el amparo constitucional solo puede dirigirse contra la decisión que le pone fin al incidente de desacato, esto es, contra aquella que se abstiene de imponer la sanción o contra aquella que ratifica la sanción, en grado de consulta. En síntesis, es necesario que el incidente haya finalizado, mediante decisión ejecutoriada”<sup>35</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Corporación ha referido la necesidad de que tales acciones de tutela cumplan las demás condiciones que dan por cumplido el requisito de subsidiariedad, esto es, (i) que los argumentos de la tutela sean consistentes con los alegados en el incidente de desacato; (ii) que no se planteen asuntos que debieron alegarse en el incidente de desacato y (iii) que no soliciten pruebas que no fueron originalmente

solicitadas y que el juez no debía practicar de oficio. En cuanto al examen de procedencia material, se debe constatar la estructuración de alguno de los defectos que pueda presentar la decisión que puso fin al incidente de desacato (fáctico, sustantivo, procedimental, etc.).

Así, la labor del juez constitucional que conoce una tutela promovida en contra de decisiones adoptadas en un incidente de desacato se limita a verificar primero, que el trámite incidental haya concluido para luego comprobar si la decisión que le puso fin al desacato se ajustó a lo ordenado en el fallo de tutela, si el trámite que lo antecedió respetó el debido proceso de las partes, si la sanción que eventualmente se hubiera impuesto fue razonable, de conformidad con lo probado en el caso y por último, pasar a determinar si se configuran los supuestos de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

5. El incidente de desacato como mecanismo de carácter judicial para hacer cumplir los fallos de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 229 de la Constitución Política garantiza a toda persona el derecho de acceso a la justicia, esto es, acudir en igualdad de condiciones a los jueces y tribunales, no solo para que decidan una situación jurídica planteada, sino para que emitan una orden y esta se cumpla efectivamente. En este sentido ha señalado la Corte que “cuando la autoridad demandada se rehúsa a ejecutar lo dispuesto en la providencia judicial que le fue adversa, no sólo vulnera los derechos que a través de esta última se han reconocido a quien invocó protección, sino que desacata una decisión que hizo tránsito a cosa juzgada. Si tales derechos son fundamentales, el desconocimiento de la sentencia que los ampara viola el Ordenamiento Superior, también por esa razón”<sup>36</sup>.

Igualmente, esta Corporación ha reiterado que el incumplimiento de las providencias judiciales por parte de una entidad pública o privada conlleva al quebrantamiento del principio democrático, vulnera el derecho al acceso a la administración de justicia y

desconoce el debido proceso<sup>37</sup>.

Frente a las obligaciones del Estado en materia de acceso a la administración de justicia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 25 dispone que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención (...) y, en consecuencia, corresponde al Estado garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

La Corte en su jurisprudencia ha ratificado esta garantía, ha sostenido sobre el particular que “incumplir la orden dada por el juez constitucional en un fallo de tutela es una conducta de suma gravedad, porque (i) prolonga la vulneración o amenaza de un derecho fundamental tutelado y (ii) constituye un nuevo agravio frente a los derechos fundamentales a un debido proceso y de acceso a la justicia”<sup>38</sup>.

En este contexto, cuando los derechos de una persona han sido objeto de protección por vía de tutela judicial, ésta cuenta con la posibilidad de hacer cumplir las órdenes proferidas por el juez constitucional en el caso en que dichas órdenes no hayan sido acatadas por las autoridades accionadas<sup>39</sup>. Para ello, el Decreto 2591 de 1991 reglamentó los asuntos relativos a la solicitud de cumplimiento y los incidentes de desacato respecto de las órdenes impartidas por los jueces en una acción de tutela.

Los artículos 23 y 27 de la norma en mención señalan:

Artículo 23. Protección del derecho tutelado. Cuando la solicitud se dirija contra una acción

de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible. // Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenará realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. Si la autoridad no expide el acto administrativo de alcance particular y lo remite al juez en el término de 48 horas, éste podrá disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenará su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción. En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto”.

Artículo 27. Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora. // Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquel. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia. // Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso. // En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

Los preceptos en cita imponen una obligación perentoria de cumplir lo ordenado en un lapso de tiempo expedito, para que se adelanten las gestiones necesarias a efectos de poner fin a la vulneración o amenaza del derecho fundamental amparado<sup>40</sup>.

En el caso de que se presente un incumplimiento a lo ordenado, el artículo 52 del mismo decreto establece:

Artículo 52. Desacato. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico<sup>41</sup> quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.”

Esta Corporación ha reiterado las diferencias entre la solicitud de cumplimiento y el incidente de desacato, en la sentencia T-233 de 2018 citó: i) El cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal. ii) La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva. iii) La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 27 y 23 del Decreto 2591 de 1991. La base legal del desacato está en los artículos 52 y 27 del mencionado decreto. Es decir que, en cuanto al respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia. iv) El desacato es a petición de parte interesada; el cumplimiento es de oficio, aunque v) puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público <sup>42</sup>.

En lo que interesa al caso, el incidente de desacato persigue el cumplimiento del fallo de tutela, este instrumento disciplinario en el que se imponen las sanciones de multa y detención, logra darle eficacia al cumplimiento de las órdenes impartidas por los jueces en sede de tutela y lleva inmersa una valoración subjetiva, en tanto requiere que se demuestre dolo o culpa en el incumplimiento de la orden impartida. El juez de primera instancia, por regla general, es el competente para conocer el asunto.

“(1) La facultad puede ejercerse cuando debido a las condiciones de hecho es necesario modificar la orden, en sus aspectos accidentales, bien porque:

(a) la orden original nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado, o lo hizo en un comienzo, pero luego devino inane;

(b) porque implica afectar de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público o

(c) porque es evidente que lo ordenado siempre será imposible de cumplir.

(2) La facultad debe ejercerse de acuerdo a la siguiente finalidad: las medidas deben estar encaminadas a lograr el cumplimiento de la decisión y el sentido original y esencial de la orden impartida en el fallo con el objeto de asegurar el goce efectivo del derecho fundamental tutelado.

(3) Al juez le es dado alterar la orden en sus aspectos accidentales, esto es, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar, siempre y cuando ello sea necesario para alcanzar dicha finalidad.

(4) La nueva orden que se profiera, debe buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz.”

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C-367 de 2014<sup>45</sup> declaró exequible el inciso primero del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, en el entendido de que el incidente de desacato allí previsto debe resolverse en el término establecido en el artículo 86 de la Constitución Política<sup>46</sup>.

Advirtió el fallo que “en el inciso cuarto del artículo 86 de la Constitución, se plasma un límite objetivo para decidir sobre el reclamo de protección inmediata de derechos fundamentales, valga decir, para fijar el tiempo que puede transcurrir entre la solicitud de tutela y su resolución, que no puede ser superior a diez días. Por lo tanto, no es irrazonable asumir que, si el cumplimiento del fallo de tutela debe ser inmediato, sea que esto ocurra en razón de la solicitud de cumplimiento o sea que ocurra como consecuencia del trámite incidental de desacato, para este fin tampoco sea posible superar los diez días, contados desde su apertura. Por el contrario, así se sigue del objeto de la acción de tutela, que es la protección de los derechos fundamentales, y del derecho de acceso a la justicia, que no se satisface con el mero fallo de tutela, sino que requiere de su efectividad, de tal suerte que el derecho vulnerado sea restablecido o que la amenaza cese”.

Precisó esta Corporación que si el incidente de desacato se prolonga de manera indefinida se desnaturaliza en el campo fáctico el mandato constitucional de que el fallo de tutela sea de cumplimiento inmediato. En efecto, “al regular la Constitución la acción de tutela, en su artículo 86, y precisar que tanto la protección de los derechos como el cumplimiento de los fallos deben ser inmediatos, y disponer que dicha inmediatez no debe superar los diez días, de este mandato se sigue que para resolver el trámite incidental de desacato a un fallo de tutela no habrán de transcurrir más de diez días, contados desde su apertura”.

En ese orden de ideas, es claro para la Sala que la resolución del incidente de desacato debe ser expedito so pena de incurrir el juzgador de la causa en dos graves consecuencias

inconstitucionales, pues “(i) se prolonga en el tiempo la vulneración de los derechos fundamentales o su amenaza, con el riesgo de que el daño a los mismos se consume y sea irreparable, y (ii) se vulnera otros derechos fundamentales como el acceso a la justicia y el debido proceso”.

## 6. Carencia actual de objeto por daño consumado. Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha considerado que corresponde al juez constitucional administrar justicia profiriendo las órdenes que estime pertinentes, en procura de la defensa y protección de los derechos fundamentales<sup>47</sup>. No obstante, es posible que durante el proceso de amparo se presenten circunstancias que impidan cumplir tal finalidad, bien sea porque: i) se conjuró el daño alegado; ii) se satisfizo el derecho fundamental afectado; o iii) se presentó la inocuidad de las pretensiones de la solicitud de amparo<sup>48</sup>.

Este fenómeno ha sido denominado “carencia actual de objeto” el cual se presenta por la ocurrencia de un hecho superado, por un daño consumado o por un hecho sobreviniente<sup>49</sup>. Tales situaciones generan la extinción del objeto jurídico del amparo, por lo que cualquier orden de protección proferida por el juez en este momento procesal “caería en el vacío”<sup>50</sup>.

Ahora bien, el Decreto 2591 de 1991 dispone en el numeral 4 del artículo 6 que la acción de tutela no procederá “Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho”.

Igualmente, el artículo 24 de la norma en mención señala:

“ARTICULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado, o éste se hubiera consumado en forma que no sea posible

restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado, en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”

La Corte en sentencia SU-540 de 200751 precisó lo siguiente:

“La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de esta Corte, en sentencia T-448 de 2004, citó algunas sentencias para ilustrar con los casos estudiados la interpretación y el alcance que la Corporación, a través de los pronunciamientos de las demás Salas de Revisión, le había dado hasta entonces a la expresión daño consumado y a partir de ellos propuso unas situaciones en las cuales se configuraba ese daño, entre ellas la muerte del actor, porque “es obvio que desaparecen los fundamentos fácticos que motivaron la solicitud de amparo”. De manera que, la circunstancia de la muerte del actor en tutela configura un daño consumado, que no necesariamente conduce a la improcedencia de la tutela porque “la existencia de una carencia actual de objeto no es óbice para que la Corte analice” a través del estudio de fondo sobre la vulneración que se puso en conocimiento de los jueces de tutela, “si existió una vulneración y, de esta manera, determine el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita”. La Corte Constitucional ha sostenido que, aunque ocurra la muerte del peticionario durante el trámite de la tutela, conserva la competencia para emitir un pronunciamiento sobre la cuestión objeto de debate, porque si bien es cierto que por esa causa, entendida como un daño consumado, la Corte queda impedida para impartir contra el demandado la orden a que hace referencia el artículo 86 Superior, también lo es que en virtud de su función secundaria, en la eventual revisión de los fallos de tutela, debe resolver sobre el fondo del asunto sometido a su estudio, i.) en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, que prohíbe la emisión de fallos inhibitorios en materia de tutela y ii.) en consideración a que sus funciones, en materia de tutela, exceden a las que

cumple ordinariamente un tribunal de instancia.

(...)

De manera que, la circunstancia de la muerte del actor en tutela configura un daño consumado, que no necesariamente conduce a la improcedencia de la tutela porque “la existencia de una carencia actual de objeto no es óbice para que la Corte analice” a través del estudio de fondo sobre la vulneración que se puso en conocimiento de los jueces de tutela, “si existió una vulneración y, de esta manera, determine el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita.

(...)

Dentro de las orientaciones enunciadas, la Corte ha entendido que la muerte del actor en la tutela configura un daño consumado, en los casos analizados en las sentencias T-498 de 2000, T-696 de 2002, T-084 de 2003, T-253 de 2004, T-254 de 2004 y T-980 de 2004, y ha sostenido que, aunque en esa circunstancia cualquier orden de protección resultaría ineficaz, también ha precisado que la misma no impide a la Corte estudiar de fondo el tema planteado”.

Recordó el fallo que la acción de tutela tiene un carácter eminentemente preventivo más no indemnizatorio, por regla general.

De otro lado, para determinar la actuación que le corresponde desempeñar al juez de tutela, en el caso que se verifique que se consumó el daño, la jurisprudencia constitucional ha indicado que es necesario distinguir dos supuestos: el primero cuando al momento de la interposición de la acción de tutela el daño ya está consumado, caso en el cual ésta es

improcedente<sup>52</sup>. El segundo, cuando “el daño se consumó en el transcurso del trámite de la acción de tutela: en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional. En esta hipótesis, la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien no resulta viable emitir la orden de protección que se solicitaba en la acción de tutela, es perentorio que, la Corporación en sede de revisión”<sup>53</sup>:

“i) Decida de fondo en la parte resolutive de la sentencia sobre la configuración del daño consumado lo que supone un análisis y determinación sobre la ocurrencia o no de una vulneración de derechos fundamentales.

(ii) Realice una advertencia “a la autoridad pública [o particular] para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)” de acuerdo con el artículo 24 del decreto 2591 de 1991.

(iii) Si lo considera necesario dependiendo del caso concreto, ordene compulsar copias del expediente de tutela a las autoridades correspondientes con el fin de que investiguen y sancionen la conducta que produjo el daño.

(iv) Informe al demandante y/o sus familiares de las acciones jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico que pueden utilizar para obtener la reparación del daño”<sup>54</sup>.

Conforme a lo expuesto, es claro para la Sala que la carencia actual de objeto por hecho superado, daño consumado u otra razón que haga inocua la orden de satisfacer la pretensión de la tutela no impide un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y la corrección de las decisiones judiciales de instancia, salvo la hipótesis del daño consumado con anterioridad a la presentación de la acción de amparo ya que en tal escenario ésta es improcedente en virtud del artículo 6, numeral 14, del decreto 2591 de 1991. Máxime, cuando nos encontramos en sede de revisión, etapa en la cual la

Corte Constitucional cumple la función de fijar la interpretación de los derechos fundamentales como autoridad suprema de la jurisdicción constitucional.

## 7. Caso Concreto

### Cuestión previa

Según informó el señor Rigoberto Suárez Bobadilla -agente oficioso del menor Liam David Martínez Suárez, en escrito de solicitud de revisión presentado a la Corte el 5 de febrero de 2020, el menor de edad falleció el 18 de diciembre de 2019.

De conformidad con lo anterior, la Sala Séptima de Revisión debe determinar en primer término si el momento procesal en que se consumó el daño fue antes de interponer la acción de tutela o durante el trámite de la misma, para declarar su improcedencia o pronunciarse de fondo.

En este caso se advierte que (i) la acción de tutela se interpuso el 11 de octubre de 2019; (ii) la sentencia de segunda instancia fue notificada el 5 de diciembre de 2019, quedando ejecutoriada el 8 del mismo mes y año, fecha desde la cual empezó a correr el término de remisión del expediente a la Corte para su eventual revisión y (iii) el fallecimiento del menor ocurrió el 18 de diciembre de 2019, es decir, durante el trámite de la acción de tutela.

Por lo anterior, según las consideraciones expuestas, el presente caso no debe conducir a la improcedencia de la acción de amparo, sino que procede el estudio de fondo para determinar la eventual vulneración a los derechos fundamentales de Liam David Martínez Suárez, esto,

teniendo en cuenta que el trámite de la presente acción no se terminó con la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sino que el proceso finaliza con la decisión que de manera definitiva emita la Corte Constitucional como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, ya sea de exclusión en sede de revisión o como en este caso, de selección<sup>58</sup>.

7.1. Superado el siguiente análisis, la Sala debe determinar si el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá vulneró los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la especial protección del Estado, del menor Liam David Martínez Suárez al revocar en grado de consulta la sanción impuesta al Coordinador Nacional del Cumplimiento de Fallos de Tutela de COOMEVA EPS.

Para ello, es necesario evaluar si concurren los presupuestos exigidos por la jurisprudencia constitucional para aquellos casos que tratan la procedibilidad excepcional de las acciones de tutela que cuestionan providencias proferidas en el trámite de un incidente de desacato.

1. La decisión dictada en el trámite de desacato se encuentra ejecutoriada.

Como se expuso en la parte considerativa, el amparo constitucional solo puede dirigirse contra la decisión que le pone fin al incidente de desacato y debe estar ejecutoriada.

Para la Sala este requisito se tiene por cumplido teniendo en cuenta que: (i) el 20 de agosto de 2019 el Juzgado Primero Civil Municipal de Chía sancionó por desacato al Coordinador Nacional del Cumplimiento de Fallos de Tutela de Coomeva EPS con arresto domiciliario de tres (3) meses y multa equivalente a quince (15) smmlv<sup>59</sup>; (ii) esta decisión fue revocada en grado de consulta el 18 de septiembre de 2019 por el Juzgado Primero de Familia de

Zipaquirá; y (iii) en razón de que contra esta providencia no procede recurso alguno, se entiende ejecutoriada<sup>60</sup>.

1. Los argumentos expuestos por el accionante son consistentes con lo alegado en el trámite del incidente de desacato, no plantea asuntos nuevos y no solicita la práctica de pruebas

Se acredita este requisito, pues se advierte que el accionante no pretende esgrimir nuevos argumentos o presentar elementos de prueba adicionales a los que expuso en el incidente de desacato, alegando en cada una de las etapas pertinentes su inconformidad con el hecho de que transcurrieron dieciocho (18) meses sin que la EPS accionada cumpliera con el tratamiento integral que con urgencia necesitaba Liam David.

7.2. Cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Que el asunto objeto de estudio tenga una clara y marcada relevancia constitucional

La cuestión que se discute es de relevancia constitucional, porque supone definir si se vulnera el debido proceso y el acceso a la administración de justicia cuando el juez de desacato revoca una sanción impuesta al incidentado bajo el entendido de que sí cumplió a cabalidad el 27 de febrero de 2019 la orden impartida en sentencia del 15 de noviembre de 2017. Igualmente, el asunto involucra los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional al tratarse de un menor de dos años diagnosticado con una enfermedad grave al que se le ordenó tratamiento urgente e integral.

Que se hayan desplegado todos los mecanismos de defensa judicial

Este requisito se encuentra satisfecho teniendo en cuenta que para censurar el auto que pone fin a un incidente de desacato no existe otro medio de defensa judicial (Decreto 2591 de 1991, artículo 52).

Que la acción de tutela se haya interpuesto dentro de un término razonable

La decisión atacada fue proferida el 18 de septiembre de 2019 y la tutela fue interpuesta el 11 de octubre de 2019, esto es dentro de un espacio de tiempo razonable, por lo que este requisito se encuentra satisfecho.

Que si se trata de una irregularidad procesal, tenga una incidencia directa y determinante sobre el sentido de la decisión a la cual se atribuye la violación.

El caso en estudio no se sustenta en la vulneración de derechos fundamentales acaecida como consecuencia en una irregularidad de naturaleza procesal.

Se alegó que en la providencia judicial emitida por la Juez Primera de Familia de Zipaquirá se configura (i) un defecto procedimental absoluto, pues no tuvo en cuenta el estado actual de salud del usuario y las pruebas aportadas sobre el incumplimiento del fallo no fueron valoradas en conjunto; (ii) violación directa de la Constitución; (iii) decisión judicial sin motivación; y (iv) violación al debido proceso por no dar trámite urgente y diligente al incidente de desacato.

Que el solicitante identifique de forma razonable los hechos generadores de la vulneración

El accionante identificó el auto del 18 de septiembre de 2019, proferido por el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá en consulta del incidente de desacato, como el hecho vulnerador del debido proceso y acceso a la administración de justicia.

Que la acción no se dirija en contra de sentencias de tutela

No se examina una tutela contra sentencia de tutela.

7.3. Causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Como ya se advirtió, el accionante alega que la providencia que finalizó el incidente de desacato incurrió en (i) un defecto procedimental absoluto, pues no tuvo en cuenta el estado actual de salud del usuario y las pruebas aportadas sobre el incumplimiento del fallo no fueron valoradas en conjunto; (ii) violación directa de la Constitución; y (iii) decisión judicial sin motivación.

Expuesto lo anterior, procede la Sala a realizar una breve reseña de las circunstancias fácticas tenidas en cuenta (i) por el Juzgado Primero Civil Municipal de Chía para resolver el desacato; y (ii) por el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá que en grado de consulta resolvió revocar la decisión sancionatoria, luego de lo cual entrará a determinar la eventual

vulneración de los derechos fundamentales invocados.

(i) Circunstancias fácticas tenidas en cuenta por el Juzgado Primero Civil Municipal de Chía para resolver el desacato

Recuerda la Sala que el presente asunto se aborda a partir de la sentencia emitida el quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Primero Civil Municipal de Chía, Cundinamarca, mediante la cual decidió a favor de Liam David Martínez Suárez -q.e.p.d.- (quien para la fecha tenía 4 meses de edad<sup>61</sup>) una acción de tutela presentada por Rigoberto Suárez Bobadilla, abuelo y agente oficioso del niño, contra COOMEVA EPS. En la acción de amparo se alegó la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana de Liam David Martínez con ocasión de las diversas patologías sufridas por el menor, el cual requería con urgencia “remisión a hospital de tercer nivel para atención de oncohematología, pues requiere tratamientos y exámenes de alta complejidad” <sup>62</sup>.

En la parte resolutive del fallo el juez de conocimiento ordenó en el numeral segundo “(...) a COOMEVA E.P.S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas autorice y haga todas las actuaciones tendientes a generar el traslado del menor LIAM DAVID MARTÍNEZ SUÁREZ a un centro especializado que cuente con las condiciones descritas ordenadas por el médico tratante”. En el numeral tercero “(...) a COOMEVA E.P.S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas brinde tratamiento integral al menor LIAM DAVID MARTÍNEZ SUÁREZ conforme a la parte motiva de esta providencia”.

Ante el incumplimiento de la entidad accionada, el tutelante el 20 de diciembre de 2017 radicó un incidente de desacato ya que el menor necesitaba con urgencia “Estudio de biología molecular en espécimen con múltiple muestreo, con el fin de saber las causas de la trombocitopenia<sup>63</sup>, enfermedad por la cual tuvo varias hospitalizaciones”.

El Juzgado Primero Civil Municipal de Chía, Cundinamarca, dio apertura al incidente de desacato el 18 de mayo de 2018 y mediante proveído del 20 de agosto de 2019 resolvió sancionar al Coordinador Nacional del Cumplimiento de Fallos de Tutela de COOMEVA EPS “con arresto domiciliario de tres (3) meses y multa equivalente a quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes”<sup>64</sup>.

Afirmó el despacho judicial en la providencia que “realizó un requerimiento previo a la EPS accionada el día 16 de enero de 2018, término durante el cual guardó silencio, razón por la que con auto de 7 de mayo de 2018 y 18 de mayo de 2018, se da apertura al incidente de desacato y ordena notificar personalmente al doctor Luis Alfonso Gómez Arango en calidad de Coordinador Nacional de Cumplimiento de Fallo de Tutela de la EPS incidentada, para lo cual dispuso librar despacho comisorio a los jueces civiles municipales de Cali-reparto, comisión que fue tramitada por parte del Juzgado 14 Civil Municipal de esa ciudad, la cual tras múltiples intentos tan solo se materializó el 8 de junio de 2018, el doctor Gómez Arango guardó silencio dentro del término legal. En el transcurso del trámite este despacho realizó múltiples requerimientos a la accionada los días 26 de septiembre de 2018, 18 de diciembre, 29 de enero de 2019, 1 de febrero, 13 de febrero, 20 de febrero, 28 de junio de 2019, a fin de obtener el cumplimiento del fallo de tutela en lo que respecta al tratamiento integral otorgado al menor de 2 años quien padece del Síndrome de Wiskott Aldrichm y requiere como tratamiento para su enfermedad trasplante de médula previos los exámenes correspondientes”.

(ii) Circunstancias fácticas tenidas en cuenta por el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá que en grado de consulta resolvió revocar la decisión sancionatoria.

Al resolver el grado de consulta, el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá, mediante fallo emitido el 18 de septiembre de 2019 revocó el proveído y se abstuvo de imponer sanción

alguna.

Evidenció el fallador al revisar el trámite del incidente de desacato que el titular del juzgado que lo resolvió, concluyó “que a pesar de los requerimientos al cumplimiento del fallo de tutela, la EPS se ha sustraído al cabal cumplimiento del fallo, teniendo en cuenta que el examen denominado Tipificación Antígeno Leucocitario Humano Clase I y II (ABC DR DQ DP), fue practicado por el Instituto Yunis Turbay de manera particular con dineros que le fueron donados a la familia del infante Martínez Suárez, lo que denota la negativa de la EPS de dar cumplimiento al fallo de tutela, resolviendo finalmente sancionar por desacato al Coordinador Nacional de Cumplimiento de los Fallos de tutela de COOMEVA EPS”<sup>65</sup>.

Acreditó que el fallo de tutela emitido contenía una orden de protección integral, y que debía cumplir COOMEVA EPS dentro de un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la providencia.

Consideró que la orden se cumplió a cabalidad “tal como lo informó el incidentante y abuelo del menor señor Rigoberto Suárez Bonilla, en memorial de fecha 4 de junio de 2019, en el que indicó ‘...4. En cuando (sic) a las órdenes de servicios allegadas como prueba al juzgado por parte de COOMEVA EPS, cabe precisar que las mismas fueron efectivas y el día 27 de febrero de 2019 se realizaron los exámenes de laboratorios (sic) requeridos, sin embargo una vez presentados los resultados al médico tratante (oncohematólogo pediatra), ha manifestado que estos no son expedidos por un laboratorio clínico idóneo y confiable para que se pueda continuar con los procedimientos necesarios para el paciente y por lo tanto hay necesidad de repetirlos. Debe tenerse en consecuencia por cumplida la orden dada en la sentencia de tutela, pues el menor requería de los exámenes mencionados, y la EPS COOMEVA, los autorizó y practicó”<sup>66</sup>.

7.4. El Juzgado Primero Civil Municipal de Chía, autoridad que resolvió el desacato con

sanción y el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá que en grado de consulta resolvió revocar la decisión, incurrieron en los defectos alegados por el accionante y vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de Liam David Martínez Suárez.

### Cuestión previa

Previo a la resolución del caso concreto, la Sala debe señalar lo que la Corte Constitucional ha precisado sobre la posibilidad que tienen los jueces de tutela de fallar un asunto de manera diferente a lo pedido, en la sentencia SU-195 de 201267 esta Corporación indicó:

“En cuanto a la posibilidad de que los fallos puedan ser extra y ultra petita en materia de tutela, esta Corte de manera pacífica ha señalado que el juez de tutela puede al momento de resolver el caso concreto conceder el amparo incluso a partir de situaciones o derechos no alegados, atendiendo la informalidad que reviste el amparo y además quien determina los derechos fundamentales violados. Así, desde los primeros pronunciamientos se ha sentado esta posición, toda vez que conforme a la condición sui generis de esta acción, la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte actora, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales.” (Destacado propio)

Según lo anterior, la naturaleza especialísima de la acción de tutela faculta al juez constitucional para emitir fallos extra y ultra petita, cuando de la situación fáctica de la demanda pueda evidenciar la vulneración de un derecho fundamental, aun cuando su protección no haya sido solicitada por el peticionario.

En ese orden de ideas, procede la Sala a exponer porque se configuró el defecto procedimental absoluto alegado por el accionante.

#### Caracterización del defecto procedimental absoluto

Esta Corporación ha establecido que el defecto procedimental absoluto se presenta cuando el juez actúa totalmente al margen de las formas propias de cada juicio (CP art. 29). En este sentido, se ha considerado que existe una violación del derecho al debido proceso, por cuanto el procedimiento adoptado por el juez no se somete a los requisitos establecidos en la ley sino a su propia voluntad, en contravía de las garantías previstas en las normas procesales para los sujetos que intervienen en cada juicio.

Para la Sala es evidente que la orden de tutela impartida en el fallo emitido el 15 de noviembre de 2017 por el Juzgado Primero Civil Municipal de Chía a Coomeva EPS que se limitó a que “autorizara y realizara todas las actuaciones tendientes a brindar tratamiento integral y a generar el traslado del menor a un centro especializado en el término de cuarenta y ocho (48) horas”, nunca se cumplió a cabalidad.

Se encuentra probado dentro del trámite lo siguiente:

(i) El menor Liam David Martínez Suárez por sus diversas patologías requería con urgencia “remisión a hospital de tercer nivel para atención de oncohematología” ordenado por el médico tratante para su correcto tratamiento;

(ii) Mediante acción de tutela emitida el 15 de noviembre de 2017 el Juzgado Primero Civil Municipal de Chía ordenó a Coomeva EPS brindar tratamiento integral y gestionar lo pertinente para remitir al niño a un centro especializado;

(iii) El 18 de mayo de 2018 el juzgado en mención dio apertura al incidente de desacato radicado por el accionante el 20 de diciembre de 2017, frente al que la EPS accionada guardó silencio;

(iv) Liam David Martínez Suárez fue diagnosticado con Síndrome de Wiskott Aldrich<sup>68</sup> cuyo único tratamiento efectivo es el trasplante de médula ósea previa la realización de una serie de exámenes preparatorios;

(v) El Juzgado Primero Civil Municipal de Chía requirió en múltiples ocasiones a Coomeva EPS para que practicara los exámenes preparatorios al trasplante pero la entidad no cumplió a cabalidad, según afirmó el accionante “se debían aplicar unas vacunas especializadas cada 21 días de manera estricta pero la EPS le dio unas diferentes que no sirven para tratar la enfermedad, las autorizaciones para realizar un estudio de genes se emitió para un laboratorio que en concepto del médico tratante no resulta idóneo y confiable. El examen requerido de manera ‘urgente’ se practicó de forma particular con dineros donados por la familia del infante”. Estas actuaciones dilatorias y negligentes las tuvo en cuenta el juez para sancionar por desacato al Coordinador Nacional de Cumplimiento de los Fallos de Tutela de COOMEVA EPS<sup>69</sup> mediante fallo de 20 de agosto de 2019;

(vi) El 18 de septiembre de 2019 el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá revocó la sanción impuesta en grado de consulta.

(vii) El 18 de septiembre de 2019 el accionante interpuso una nueva acción de tutela para que le realizaran al menor el procedimiento quirúrgico de “trasplante alogénico de células madres hematopoyéticas de cordón umbilical en el Hospital de la Misericordia al ser una entidad especializada para realizar de forma integral el tratamiento”.

Como se advierte, se encuentra probado que Coomeva EPS no cumplió la orden de traslado a un centro especializado para tratar de forma integral la patología del menor Liam David y que la orden de tratamiento integral no la cumplió a cabalidad, prolongando en el tiempo la vulneración de los derechos amparados en la acción de tutela proferida el 15 de noviembre de 2017.

No entiende la Sala como ante el evidente incumplimiento, el Juzgado Primero Civil Municipal de Chía no logró darle eficacia a la orden de tutela impartida por él mismo y omitió ejercer las facultades otorgadas para ajustar el amparo y alterar los aspectos accidentales de su decisión, esto es, las condiciones de tiempo, modo y lugar, con el objeto de asegurar el goce efectivo del derecho fundamental tutelado<sup>70</sup>.

Igualmente, resulta inconcebible el tiempo que demoró el trámite del incidente de desacato, veamos: el accionante radicó el incidente el 20 de diciembre de 2017, el Juzgado Primero Civil Municipal de Chía dio apertura el 18 de mayo de 2018 (cinco meses después) y mediante fallo de 20 de agosto de 2019 resolvió sancionar al Coordinador Nacional del Cumplimiento de Fallos de Tutela de COOMEVA EPS “con arresto domiciliario de tres (3) meses y multa equivalente a quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes”<sup>71</sup>. Esta diligencia que debía ser expedita, según se señaló en la parte considerativa (debió haberse surtido en un término de diez (10) días<sup>72</sup>), demoró quince (15) meses. Evidentemente, este retardó no solo quebrantó los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia del accionante, sino que coadyuvó en la prolongación de la vulneración de los derechos amparados en la acción de tutela proferida el 15 de noviembre de 2017 en favor del menor accionante.

Observa la Sala que de igual manera obró el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá que en grado de consulta revisó el trámite incidental, pues a pesar de que acreditó que el fallo de

tutela emitido contenía una orden de protección integral, y que debía cumplir COOMEVA EPS dentro de un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la providencia, nada dijo respecto al largo tiempo que se llevó el despacho judicial en resolver el incidente y mucho menos sobre el cumplimiento deficiente y abstracto de la orden de amparo.

### Caracterización del defecto fáctico

Según jurisprudencia de la Corte Constitucional el defecto fáctico se estructura cuando el juez no cuenta con el apoyo probatorio suficiente para aplicar el supuesto legal en el que sustenta la decisión, ya sea porque dejó de valorar alguna prueba, no la valoró bajo los parámetros racionales o dejó de practicarla sin ninguna justificación<sup>73</sup>.

Este defecto presenta dos modalidades: (i) negativa: que hace referencia a la omisión en la valoración y decreto de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos; y (ii) positiva: el juez valora pruebas determinantes que no ha debido admitir ni evaluar por haber sido indebidamente recaudadas, o las aprecia de una forma completamente equivocada<sup>74</sup>.

En la sentencia SU-448 de 2016 la Corte señaló que “el defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso se presenta cuando ‘el funcionario judicial al momento de valorar la prueba niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez’.”

Para la Sala no se podía tener por cumplida una orden que a todas luces no se efectuó a cabalidad, pues el incidentado debía garantizar al menor de edad el tratamiento integral ordenado en la acción de tutela, claramente no se trata de cumplir por cumplir y determinar sin más que se acató un mandato cuando de bulto se evidencia la negligencia en la prestación del servicio.

Caracterización del desconocimiento del precedente judicial y violación directa de la Constitución.

La Corte ha definido que el desconocimiento del precedente judicial se presenta como “aquel conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia. En síntesis, el desconocimiento del precedente se configura cuando el funcionario judicial se aparta de las sentencias emitidas por los tribunales de cierre (precedente vertical) o los dictados por ellos mismos (precedente horizontal) al momento de resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a los decididos en aquellas providencias, sin exponer las razones jurídicas que justifique el cambio de jurisprudencia”<sup>75</sup>.

En este caso, considera la Sala que el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá en la decisión emitida en grado de consulta desconoció el precedente judicial, al no tener en cuenta lo que la Corte en reiteradas ocasiones ha sostenido respecto al amparo integral y los contenidos de la faceta de continuidad del derecho a la salud.

Esta Corporación ha señalado en virtud del principio de integralidad que las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, “(...) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”<sup>76</sup>, además, dicho principio tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio “de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”<sup>77</sup> evitando al paciente interponer una acción de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por el médico tratante, máxime cuando se trata de proteger en la mayor medida de lo posible los derechos de los niños, pues debe prevalecer el interés superior del menor.

#### Caracterización de la violación directa de la Constitución

Este tipo de defecto se genera si una decisión judicial desconoce los mandatos de la Constitución. En la sentencia T-888 de 2010 se señaló que “el desconocimiento del Estatuto Superior se puede dar, al menos, en dos clases de casos: (i) cuando las reglas o los principios que deben ser extraídos de su texto son por completo desobedecidos y no son tomados en cuenta, en el razonamiento jurídico (ni explícita ni implícitamente), o (ii) cuando las reglas y los principios constitucionales son tomados en cuenta al menos implícitamente, pero a sus prescripciones se les da un alcance insuficiente.

En tal entendido, la realidad procesal de este asunto no permitía dar por cumplido el fallo de tutela, al encontrarse probada la negligencia y la actuación dilatoria y abstracta del incidentado no procedía revocar la decisión sancionatoria, de manera que el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá vulneró los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia, a la especial protección del Estado del menor Liam David Martínez Suárez al revocar en grado de consulta la sanción impuesta al Coordinador Nacional del Cumplimiento de Fallos de Tutela de COOMEVA EPS, lo que sin duda generó el defecto por violación directa

de la Constitución al limitar injustificadamente los mencionados derechos.

La Corte Constitucional en sentencia T-319A de 2012<sup>78</sup> señaló:

“El papel que cumplen los administradores de justicia como garantes de la efectividad de los derechos, obligaciones y libertades consagradas en la Constitución y la Ley, para mantener la convivencia social y lograr la concordia nacional, justifica que estén sujetos a la potestad disciplinaria del Estado, en los términos contemplados por el ordenamiento jurídico para todos los servidores públicos. La majestad que involucra el ejercicio de la actividad judicial justifica que, además, estén sujetos a deberes adicionales, como los que les impone la Ley 270 de 1996, modificada por la Ley 1285 de 2009, en relación con el respeto de la Constitución, las leyes y los reglamentos; el desempeño moral, eficiente y honorable de las funciones del cargo, el acatamiento de los términos procesales y la observancia de una serie de pautas orientadas a satisfacer el compromiso estatal de garantizar el derecho de defensa, el acceso efectivo a la administración de justicia, la diligencia y el respeto de los derechos de quienes intervienen en los procesos judiciales.

De esa manera, el control disciplinario de los funcionarios judiciales cumple una doble función. De un lado, asegura la exigencia del comportamiento que se espera de todos los servidores públicos, como una de las “condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo del Estado”. Del otro, propicia que la conducta de esos servidores se ajuste a los fines de la administración de justicia, garantizando la efectiva realización de los principios constitucionales de eficiencia, diligencia, celeridad y el debido proceso justo sin dilaciones injustificadas”.

En esa medida, se ha entendido que los operadores judiciales se obligan a cumplir una serie de deberes, salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, honradez, lealtad,

igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia en el desempeño de su cargo, en razón de lo cual pueden ser sujetos de sanciones disciplinarias, cuando incurran en cualquier comportamiento de los contemplados en el estatuto disciplinario que conlleven el incumplimiento de deberes, involucren una extralimitación en el ejercicio de sus derechos y funciones o den lugar a alguna prohibición, inhabilidad e incompatibilidad.

De otro lado, la Sala no puede pasar por alto la oportunidad para reiterar que las Empresas Prestadoras de Salud se encuentran obligadas a prestar a sus usuarios los servicios de salud requeridos de forma ininterrumpida, dando aplicación no solo al “principio de integralidad” sino “al principio de continuidad”, sin dilaciones injustificadas hasta que se haya logrado la total recuperación o, en caso de que ello no fuera posible, hasta que el tratamiento logre el efecto para el cual se prescribió; pues es claro que, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corte, “los conflictos de tipo contractual o administrativo que se presenten con otras entidades o al interior de la propia empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad, permanencia y finalización óptima de los servicios y procedimientos médicos ordenados.”<sup>79</sup>

### Órdenes a proferir

Por las consideraciones expuestas (i) se revocará el fallo proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 3 de diciembre de 2019, que en segunda instancia confirmó la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca Sala Civil-Familia en el que se negó el amparo constitucional de tutela propuesto por el señor Rigoberto Suárez Bobadilla como agente oficioso del menor Liam David Martínez Suárez<sup>80</sup>; (ii) prevendrá a Coomeva EPS para que no vuelva a incurrir en conductas dilatorias que atenten contra los derechos fundamentales de sus usuarios, especialmente tratándose de menores de edad, sujetos de especial protección constitucional; (iii) ordenará la remisión de sendas copias de esta sentencia y del expediente (a) al Consejo Superior de la Judicatura

para que dentro de la órbita de sus competencias adelante las investigaciones a que hubiere lugar contra los jueces que conocieron del trámite del incidente de desacato; (b) a la Fiscalía General de la Nación para que investigue si el Coordinador Nacional del Cumplimiento de Fallos de Tutela de COOMEVA EPS incurrió en algún tipo de delito, ya que a pesar de los diferentes requerimientos para que garantizara los derechos fundamentales a Liam David Martínez Suárez, se abstuvo de hacerlo; y (c) a la Superintendencia Nacional de Salud para que investigue la actuación negligente de COOMEVA EPS en brindar un tratamiento integral y oportuno a Liam David Martínez Suárez, como garante de la salud del menor; (iv) conminará a la Defensoría del Pueblo que en ejercicio de sus facultades legales asesore y acompañe en todos los procesos judiciales y extrajudiciales a que haya lugar al accionante para determinar los distintos tipos de responsabilidades que eventualmente surjan como consecuencia del desconocimiento del fallo de tutela que ordenó el amparo de los derechos fundamentales del menor Liam David Martínez Suárez (civil, penal, disciplinaria, administrativa, etc.).

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo del 3 de diciembre de 2019, proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que en decisión de segunda instancia confirmó la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca Sala Civil-

Familia en el que se negó el amparo constitucional de tutela, en su lugar, DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTO la providencia emitida el dieciocho (18) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá mediante la cual se dio fin al incidente de desacato en grado de consulta.

El Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá deberá remitir en el término de cinco (5) días contados a partir de la emisión de la nueva providencia, a esta Corporación, una copia de lo decidido.

CUARTO.- PREVENIR a Coomeva EPS para que no vuelva a incurrir en conductas dilatorias que atenten contra los derechos fundamentales de sus usuarios, especialmente tratándose de menores de edad, sujetos de especial protección constitucional.

QUINTO.- ORDENAR por Secretaría General la remisión de sendas copias de esta sentencia y del expediente (a) al Consejo Superior de la Judicatura para que dentro de la órbita de sus competencias adelante las investigaciones a que hubiere lugar contra los jueces que conocieron del trámite del incidente de desacato; (b) a la Fiscalía General de la Nación para que investigue si el Coordinador Nacional del Cumplimiento de Fallos de Tutela de COOMEVA EPS incurrió en algún tipo de delito, ya que a pesar de los diferentes requerimientos para que garantizara los derechos fundamentales a Liam David Martínez Suárez, se abstuvo de hacerlo; y (c) a la Superintendencia Nacional de Salud para que investigue la actuación negligente de COOMEVA EPS en brindar un tratamiento integral y oportuno a Liam David Martínez Suárez, como garante de la salud del menor.

SEXTO.- CONMINAR a la Defensoría del Pueblo que en ejercicio de sus facultades legales asesore y acompañe en todos los procesos judiciales y extrajudiciales a que haya lugar al accionante para determinar los distintos tipos de responsabilidades que eventualmente surjan como consecuencia del desconocimiento del fallo de tutela que ordenó el amparo de los derechos fundamentales del menor Liam David Martínez Suárez (civil, penal, disciplinaria, administrativa, etc.).

SÉPTIMO.- Por Secretaría General de esta Corporación LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrado

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia proferida el veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

2 Sentencia emitida el tres (3) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

3 Sala de Selección Número Dos, integrada por los magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado y Antonio José Lizarazo Ocampo. Auto del 28 de febrero de 2020, notificado por estado No.5 el 13 de marzo de 2020.

4 Folio 53 del cuaderno principal. En adelante, cuando se haga mención de un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se exprese lo contrario.

5 Folio 35.

6 Folio 1.

7 Folio 4. En la acción de amparo se alegó la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana de Liam David Martínez con ocasión de las diversas patologías sufridas por el menor, el cual requería con urgencia “remisión a hospital de tercer nivel para atención de oncohematología. Al no proporcionarse el traslado solicitado por el médico tratante a una institución de mayor nivel de complejidad, el servicio de salud prestado al paciente es ineficiente y por ende se ven comprometidos sus derechos fundamentales máximo cuando el paciente es un menor, a quien se le debe proteger de manera integral, por lo cual es entonces necesaria la protección de los mismos”.

9 Afirma el despacho judicial que “realizó un requerimiento previo a la EPS accionada el día 16 de enero de 2018, término durante el cual guardó silencio, razón por la que con auto de 7 de mayo de 2018 y 18 de mayo de 2018, se da apertura al incidente de desacato y ordena notificar personalmente al doctor Luis Alfonso Gómez Arango en calidad de Coordinador Nacional de Cumplimiento de Fallo de Tutela de la EPS incidentada, para lo cual dispuso librar despacho comisorio a los jueces civiles municipales de Cali-reparto, comisión que fue tramitada por parte del Juzgado 14 Civil Municipal de esa ciudad, la cual tras múltiples intentos tan solo se materializó el 8 de junio de 2018, el doctor Gómez Arango guardó silencio dentro del término legal. En el transcurso del trámite este despacho realizó múltiples requerimientos a la accionada los días 26 de septiembre de 2018, 18 de diciembre, 29 de enero de 2019, 1 de febrero, 13 de febrero, 20 de febrero, 28 de junio de 2019, a fin de obtener el cumplimiento del fallo de tutela en lo que respecta al tratamiento integral otorgado al menor de 2 años quien padece del Síndrome de Wiskott Aldrichm y requiere como tratamiento para su enfermedad trasplante de médula previos los exámenes correspondientes”. Folios7-8.

10 Folios 7-9.

11 Define el fallo que “es una enfermedad poco común que se caracteriza por producir una alteración de las plaquetas, inmunodeficiencia, compromiso de la piel y trombocitopenia (sangrado en cualquier parte del cuerpo de la persona). [www.husi.org.co](http://www.husi.org.co)”.

12 Folios 10-18.

13 En virtud del artículo 3 del Decreto 2591 de 1991 y del principio iura novit curia, este cargo se encuadra dentro del defecto procedimental absoluto.

14 El accionante fundamenta los defectos alegados en la acción de tutela, en la siguiente jurisprudencia: sentencia C-590 de 2005, T-102 de 2006, C-949 de 2003 en concordancia con la sentencia C-202 de 2005, C-1008 de 2008, C-367 de 2014.

15 Folios 3-11.

16 Folios 1-4.

17 Folios 7-9.

18 Folios 10-18.

19 Folios 19-26.

20 Folio 27.

21 Folio 55.

22 Folio 65.

23 Folios 62-63.

24 Folios 79-80.

25 Folios 73-77.

26 Folios 2-9, cuaderno de revisión.

27 La “Fundación Vamos Jero” interviene en el presente proceso por ser una organización de utilidad común, de índole profesional, cultural, social y benéfica, sin ánimo de lucro, creada, organizada y regida por las leyes colombianas y por sus propios estatutos, con el objetivo de hacer efectivos los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y la igualdad de los menores de edad que sean declarados pacientes terminales de

enfermedades catastróficas o ruinosas, en especial el cáncer. Con esa finalidad, la Fundación emprende acciones jurídicas y gestiones médicas y logísticas para validar el derecho que tienen dichos pacientes a intentarlo todo por su vida.

28 “Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud”.

29 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

30 Corte Constitucional, sentencias T-008 de 1998, SU-159 de 2000, SU-1219 de 2001 y SU-034 de 2018, entre otras.

31 Sentencia T-064 de 2016, M.P.: Alberto Rojas Ríos

32 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

33 Decreto 2591 de 1991, ARTICULO 52. DESACATO. <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> <Ver Notas del Editor> La persona que incumpliere una orden de un juez, proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.

34 Sentencia C-243 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

35 Sentencia T-254 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas.

36 Posición reiterada en la sentencia T-411 de 2016.

37 Sentencia T-411 de 2016.

38 La sentencia SU-034 de 2018 reiteró lo expuesto en la sentencia C-367 de 2014.

39 Sentencia T-226 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas.

40 Al respecto ver entre otras, la sentencia T-632 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

41 La Corte Constitucional en la Sentencia T-421 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, precisó: “La consulta es un grado de jurisdicción que procede sin necesidad de solicitud por ninguna de las partes comprometidas en el proceso y, en ese sentido, es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trata.” En el caso de la consulta del incidente de desacato, la situación de debilidad radica en cabeza de la persona a quien se le impone la sanción de multa o privación de la libertad por el incumplimiento de la orden de tutela. Al tener como finalidad el establecer la legalidad del auto consultado, su estudio se debe limitar a esta providencia. Por tanto, en el caso de la consulta del incidente no se extiende al estudio de la legalidad de la providencia de tutela en la cual se dio la orden que se alega como incumplida”.

42 En sentencia SU-1158 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, esta Corporación citando las sentencias T-458-03 y T-744-03, manifestó las diferencias existentes entre el trámite de cumplimiento y el incidente de desacato.

43 Sentencia T-512 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio.

44 Ídem.

45 M.P. Mauricio González Cuervo.

46 La Corte en su análisis encontró en la propia Constitución un criterio fundado para determinar, de manera objetiva y razonable, cómo podría entenderse en el tiempo el mandato constitucional de que la protección de los derechos fundamentales y el cumplimiento de los fallos de tutela sean inmediatos, y porque considera que de la circunstancia de que no haya término para resolver el trámite incidental de desacato a un fallo de tutela se siguen dos graves consecuencias inconstitucionales, pues (i) se prolonga en el tiempo la vulneración de los derechos fundamentales o su amenaza, con el riesgo de que el daño a los mismos se consume y sea irreparable, y (ii) se vulnera otros derechos fundamentales como el acceso a la justicia y el debido proceso sin dilaciones injustificadas,

se desconoce importantes deberes del Estado y, en especial, de la administración de justicia, y se incumple con un explícito mandato constitucional.

47 Corte Constitucional, sentencia T-308 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil): “El propósito de la tutela, como lo establece el artículo 86, es que el Juez Constitucional, de manera expedita, administre justicia en el caso concreto, profiriendo las órdenes que considere pertinentes a la autoridad pública o al particular que con sus acciones han amenazado o vulnerado derechos fundamentales y procurar así la defensa actual y cierta de los mismos.

48 Corte Constitucional, sentencia T-011 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas).

49 Entre otras, las sentencias T-011 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas) y T-238 de 2017 (M.P. Alejandro Linares). En la sentencia T-481 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos) se reiteró el desarrollo constitucional respecto del concepto de “carencia actual de objeto”, y los tres eventos que se configuran: “(i) El hecho superado: “regulada en el artículo 26 del decreto 2591 de 1991, comprende el supuesto de hecho en el que, entre el momento en que se interpone la demanda de amparo y el fallo, se evidencia que, como producto del obrar de la entidad accionada, se eliminó la vulneración a los derechos fundamentales del actor, esto es, tuvo lugar la conducta solicitada (ya sea por acción o abstención) y, por tanto, (i) se superó la afectación y (ii) resulta inocua cualquier intervención que pueda realizar el juez de tutela para lograr la protección de unos derechos que, en la actualidad, la accionada ha dejado de desconocer”; (ii) El daño consumado “se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental”; (iii) Situación sobreviniente surge con el acaecimiento de alguna situación, que no tiene origen en el obrar de la entidad accionada, en la cual la vulneración predicada ya no tiene lugar debido a que el o la tutelante pierde el interés en la satisfacción de la pretensión solicitada o por que el actor asumió una carga que no le correspondía.”

50 Sentencia SU 540 de 2007 (M.P. Álvaro Tafur Galvis); Sentencia T-533 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

52 El artículo 6, numeral 4, del Decreto 2591 de 1991 indica que “la acción de tutela no procederá.... cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado

(...)”. Esto quiere decir que el juez de tutela deberá hacer, en la parte motiva de su sentencia, un análisis serio en el que demuestre la existencia de un verdadero daño consumado, al cabo del cual podrá, en la parte resolutive, declarar la improcedencia de la acción, sin hacer un análisis de fondo. Adicionalmente, si lo considera pertinente, procederá a compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el daño e informar al actor o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para el resarcimiento del daño. Sentencia T-655 de 2012, M.P. Humberto Sierra Porto.

53 Sentencia T-655 de 2012.

54 Ver, entre muchas, las sentencias T-655 de 2012 y T-842 de 2011.

55 Folios 2-9, cuaderno de revisión.

56 Folio 53, cuaderno principal.

57 Folio 16, cuaderno segunda instancia.

58 Reiterando lo señalado en sentencia SU-540 de 2007, “La Corte Constitucional ha sostenido que, aunque ocurra la muerte del peticionario durante el trámite de la tutela, conserva la competencia para emitir un pronunciamiento sobre la cuestión objeto de debate, porque si bien es cierto que por esa causa, entendida como un daño consumado, la Corte queda impedida para impartir contra el demandado la orden a que hace referencia el artículo 86 Superior, también lo es que en virtud de su función secundaria, en la eventual revisión de los fallos de tutela, debe resolver sobre el fondo del asunto sometido a su estudio, i.) en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, que prohíbe la emisión de fallos inhibitorios en materia de tutela y ii.) en consideración a que sus funciones, en materia de tutela, exceden a las que cumple ordinariamente un tribunal de instancia.

59 Folios 7-9, cuaderno principal.

60 El artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 no dispone recurso alguno para atacar la providencia judicial que en grado de consulta resuelve el incidente de desacato.

61 Folio 1.

62 Folio 4. En la acción de amparo se alegó la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana de Liam David Martínez con ocasión de las diversas patologías sufridas por el menor, el cual requería con urgencia “remisión a hospital de tercer nivel para atención de oncohematología. Al no proporcionarse el traslado solicitado por el médico tratante a una institución de mayor nivel de complejidad, el servicio de salud prestado al paciente es ineficiente y por ende se ven comprometidos sus derechos fundamentales máximo cuando el paciente es un menor, a quien se le debe proteger de manera integral, por lo cual es entonces necesaria la protección de los mismos”.

63 <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000586.htm>. Trombocitopenia. Es cualquier trastorno en el cual hay una cantidad anormalmente baja de plaquetas, que son partes de la sangre que ayudan a coagularla. Esta afección algunas veces se asocia con sangrado anormal.

64 Folios 7-9.

65 Folio 12.

66 Folio 17.

67 M.P. Jorge Iván Palacio.

68 Define el fallo que “es una enfermedad poco común que se caracteriza por producir una alteración de las plaquetas, inmunodeficiencia, compromiso de la piel y trombocitopenia (sangrado en cualquier parte del cuerpo de la persona). [www.husi.org.co](http://www.husi.org.co)”.

69 Folio 12.

70 Reiterando lo expuesto en la sentencia T-512 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio, en donde se señaló: “(2) La facultad debe ejercerse de acuerdo a la siguiente finalidad: las medidas deben estar encaminadas a lograr el cumplimiento de la decisión y el sentido original y esencial de la orden impartida en el fallo con el objeto de asegurar el goce efectivo del derecho fundamental tutelado.

(3) Al juez le es dado alterar la orden en sus aspectos accidentales, esto es, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar, siempre y cuando ello sea necesario para alcanzar

dicha finalidad.

71 Folios 7-9.

72 En la sentencia C-367 de 2014 la Corte determinó que “al regular la Constitución la acción de tutela, en su artículo 86, y precisar que tanto la protección de los derechos como el cumplimiento de los fallos deben ser inmediatos, y disponer que dicha inmediatez no debe superar los diez días, de este mandato se sigue que para resolver el trámite incidental de desacato a un fallo de tutela no habrán de transcurrir más de diez días, contados desde su apertura”.

73 Entre muchas, ver las sentencias T-781 de 2011, T-267 de 2013, SU-172 de 2015, T-605 de 2015, T-463 de 2016, T-643 de 2016 y SU-448 de 2016.

74 Ver entre otras, la sentencia SU-448 de 2016.

75 Sentencia T-459 de 2017.

76 Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiterada por la Sentencia T-246 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

77 Sentencia T-387 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

78 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

79 Sentencia T-130 de 2018.

80 La jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien no resulta viable emitir la orden de protección que se solicitaba en la acción de tutela, es perentorio que, la Corporación en sede de revisión”: “i) Decida de fondo en la parte resolutive de la sentencia sobre la configuración del daño consumado lo que supone un análisis y determinación sobre la ocurrencia o no de una vulneración de derechos fundamentales; (ii) Realice una advertencia “a la autoridad pública [o particular] para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)” de acuerdo con el artículo 24 del decreto 2591 de 1991; (iii) Si lo considera necesario dependiendo del caso concreto, ordene compulsar copias del expediente de tutela a las autoridades

correspondientes con el fin de que investiguen y sancionen la conducta que produjo el daño; y (iv) Informe al demandante y/o sus familiares de las acciones jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico que pueden utilizar para obtener la reparación del daño” (Ver, entre muchas, las sentencias T-655 de 2012 y T-842 de 2011).