**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**CONSULTA INCIDENTE DE DESACATO**

Pereira, primero (1º) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Hora: 8:00 a.m.

Aprobado por Acta No. 465

*Radicación*: *66170-31-04-001-2013-00063-01*

*Accionante*: *Martha Cecilia Castro Parra*

*Accionado*: *Nueva EPS*

*Procede*: *Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas*

**ASUNTO**

Revisa la Sala en grado jurisdiccional de consulta, la sanción impuesta el 30 de junio de 2015 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas, en el trámite del incidente de desacato solicitado por la señora **MARTHA CECILIA CASTRO PARRA** contra **LA NUEVA EPS**.

**ANTECEDENTES**

La señora Castro Parra actuando a nombre propio interpuso acción de tutela en contra de la Nueva EPS en busca de protección para su derecho fundamental a la salud toda vez que venía siendo atendida por la especialidad de periodoncia y rehabilitación oral a través de Comfamiliar IPS, que ordenó la aplicación de corona acrílica termocurada, inserción de prótesis fijas para cada unidad (pilar y póntico), las cuales le fueran negadas por no estar incluidas en el POS y por no evidenciarse como su no suministro ponía en riesgo su vida o su integridad física.

Mediante fallo del 7 de mayo del 2013, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas tuteló los derechos fundamentales reclamados por la señora Castro, y de esa manera le ordenó a la Nueva EPS, entre otras cosas, brindarle el tratamiento integral para la atención de la patología odontológica que padece.

El día 13 de abril 2015, la señora Martha Cecilia presentó memorial solicitando se iniciase trámite incidental de desacato toda vez que la entidad se negaba a autorizarle el procedimiento denominado implante aloplastico de oseointegración del #24 (membrana biológica para injerto en periodoncia o implantología oral), razón por la cual el Juzgado de conocimiento, procedió mediante auto del 15 de ese mismo mes y año, procedió a requerir al Representante Legal o quien hiciera sus veces, de La Nueva EPS para que informara las razones por las cuáles se estaba incumpliendo el fallo atrás aludido.

Como la entidad incidentada guardo silencio, la A-quo el 9 de junio de 2015 decidió dar apertura formal del incidente de desacato en contra del Director Regional o Seccional Risaralda de La Nueva EPS; igualmente ordenó requerir a la Coordinadora Jurídica para de esa misma entidad como al Presidente o Representante Legal, en su calidad de superior jerárquico del Director Regional, para que realizaran el trámite administrativo tendiente a verificar el cumplimiento de la orden constitucional.

**INCIDENTE DE DESACATO**

Agotado el trámite incidental, mediante auto del 30 de junio de 2015, la señora Juez de instancia decidió sancionar con arresto de tres (3) días y multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la Doctora María Lorena Serna Montoya, Gerente de la Nueva EPS con sede en esta ciudad, y al Presidente de esa misma entidad Dr. José Fernando Cardona Uribe, por desatender la sentencia de tutela proferida el día 7 de mayo de 2013 y ordenó la consulta de la decisión que hoy ocupa la atención de la Magistratura.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia:**

La Sala se encuentra funcionalmente habilitada para revisar y decidir sobre la juridicidad de esta decisión, de conformidad con los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991.

**2. Problema Jurídico Planteado:**

Le corresponde determinar a esta Corporación si la providencia consultada se encuentra ajustada a derecho, para lo cual debe establecer si la entidad accionada incurrió en desacato y en caso afirmativo proceder de conformidad.

**3. Del caso concreto:**

A efecto de dirimir el problema materia de estudio, es necesario hacer alusión a las figuras jurídicas del Desacato, la Sanción y su Consulta, contempladas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, el cual establece un mecanismo disuasivo que impone a la parte demandada en sede de tutela, el deber de dar cumplimiento íntegro al fallo proferido por razón de la misma, para que lo resuelto no se quede en el limbo, pues en el evento de que la orden no sea atendida, el funcionario constitucional de conocimiento tiene la potestad de imponer las sanciones estipuladas en la ley. Al respecto ha dicho la Honorable Corte Constitucional:

*“El cumplimiento de las órdenes judiciales representa uno de los aspectos centrales del Estado social de derecho porque es el pronunciamiento de la autoridad competente que por medio de la aplicación de la Constitución y la Ley define la situación jurídica en una controversia. Del cumplimiento de los fallos depende la confianza, el respeto, la convivencia pacífica y el legítimo uso de la autoridad en una sociedad democrática. Por ello, la reglamentación de la acción de tutela tiene previsto un procedimiento para cuando los fallos tomados en uso de esa acción ciudadana los jueces puedan hacer efectivas las órdenes dadas para proteger de manera efectiva y eficaz los derechos fundamentales de las personas. Si tales mecanismos no existieran, las órdenes de los jueces podrían quedar como un mero pronunciamiento inútil, huero e ineficaz… [[1]](#footnote-1)*

*…el juez encargado de hacer cumplir el fallo podrá (así lo indica el Decreto 2591/91, art.27) sancionar por desacato. Es pues una facultad optativa muy diferente al cumplimiento del fallo y que en ningún momento es supletoria de la competencia para la efectividad de la orden de tutela. Pueden, pues, coexistir al mismo tiempo el cumplimiento de la orden y el tramite del desacato, pero no se pueden confundir el uno (cumplimiento del fallo) con el otro (el trámite de desacato)" [[2]](#footnote-2).*

En lo correspondiente a los límites, deberes y facultades del juez de primera instancia, el cual está obligado a hacer cumplir la sentencia de tutela y sancionar su desobediencia, ha indicado:

*“(…) el objeto del incidente de desacato es “sancionar con arresto y multa, a quien desatienda las órdenes o resoluciones judiciales que se han expedido para hacer efectiva la protección de derechos fundamentales, a favor de quien o quienes han solicitado su amparo”. En otras palabras, el objeto del incidente no es la imposición de la sanción en sí misma, sino proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado. Así, la sanción es concebida como una de las formas a través de las cuales el juez puede lograr el cumplimiento de la sentencia de tutela cuando la persona obligada ha decidido no acatarla…*

*Respecto a los límites, deberes y facultades del juez de tutela que conoce del incidente de desacato y en virtud de lo que hasta ahora ha sido señalado, debe reiterarse que el ámbito de acción del juez está definido por la parte resolutiva del fallo correspondiente. Por lo tanto, es su deber verificar: (1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa (conducta esperada)[[3]](#footnote-3).*

*Adicionalmente, el juez del desacato debe verificar si efectivamente se incumplió la orden impartida a través de la sentencia de tutela y, de existir el incumplimiento, debe identificar si fue integral o parcial. Una vez verificado el incumplimiento debe identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada. Finalmente, si existe responsabilidad deberá imponer la sanción adecuada - proporcionada y razonable- a los hechos.*

*Al momento de evaluar si existió o no el desacato, el juez debe tener en cuenta circunstancias excepcionales de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad absoluta jurídica o fáctica para cumplir, las cuales deben estar siempre avaladas por la buena fe de la persona obligada. En este sentido, conviene recordar que la Corte ya ha señalado que no se puede imponer una sanción por desacato: (i) cuando la orden impartida por el juez de tutela no ha sido precisa -porque no se determinó quien debe cumplirla o su contenido es difuso-; (ii) cuando el obligado de buena fe quiere cumplir la orden pero no se le ha dado la oportunidad de hacerlo (…)”*[[4]](#footnote-4)

El incidente de desacato es entonces, el procedimiento ágil para hacer efectivos los derechos reconocidos y protegidos a través de la tutela, mediante la amenaza de una sanción en caso de renuencia del accionado a acatar la decisión, y su trámite debe respetar ante todo el derecho de defensa y la presunción de inocencia del incidentado. Igualmente debe demostrarse en dicho incidente la desobediencia de la persona al cumplimiento de la sentencia, sin poderse presumir la responsabilidad.

La decisión del juez de tutela cuando conlleva la imposición de una sanción debe ser consultada ante su superior funcional, lo que indica que ésta no puede ser ejecutada hasta tanto exista un pronunciamiento de segundo grado que verifique la legalidad y legitimidad de la misma y consolide la aniquilación de la presunción de inocencia a través de la comprobación de la responsabilidad en cabeza del funcionario sancionado.

Sobre este punto ha fijado su criterio la Corte Constitucional:

*“(…) La correcta interpretación y alcance del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, parcialmente demandado de inexequibilidad, no puede ser otro que el que se deduce de su tenor literal y del sentido natural y obvio de sus palabras: es decir, 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 (…)”* [[5]](#footnote-5).

De allí, en el presente asunto se tiene que el Juez de primer grado, tuteló el derecho fundamental a la salud de la señora Martha Cecilia y en consecuencia le ordenó a la Nueva EPS, brindarle un tratamiento integral, eficiente y oportuno para la atención de su problema odontológico.

La decisión prealudida está calendada el 7 de mayo de 2013, pero a pesar de ello, 13 de abril de 2015, esto es dos años después, la actora informó que la entidad de salud accionada no estaba cumpliendo, puesto que no le autorizaba un procedimiento necesario para su rehabilitación oral, razón por la cual la señora Juez de conocimiento decidió iniciar el respectivo incidente, sin obtener explicación satisfactoria por parte de la entidad accionada.

Situación que desencadenó en que mediante auto interlocutorio del 30 de junio de 2015, el Despacho de conocimiento ordenara sancionar a la Dra. María Lorena Serna Montoya Gerente de la Nueva EPS en la ciudad de Pereira, y al Dr. José Fernando Cardona Uribe, Presidente de esa misma entidad, decisión que les fuera notificada mediante oficio.

Finalmente, la Apoderada Judicial de la Nueva EPS, comunica haber dado cumplimiento a lo ordenado vía tutela, toda vez que desde el 3 de julio del año 2015 se le aprobó a la accionante el implante dental ordenado por su odontólogo tratante; procedimiento que le fuera realizado el 25 de julio de ese mismo año en la IPS San Diego de esta ciudad[[6]](#footnote-6).

Así las cosas, no podemos perder de vista que la finalidad del trámite incidental de desacato, no es otra que el de hacer cumplir la decisión adoptada en la acción constitucional, mas no desembocar ineludiblemente en una sanción, cuando quiera que aunque en forma tardía, se ha observado el mandamiento judicial.

Por tanto, como con la materialización de los procedimientos de implantología por parte del ente incidentado se desdibuja la figura de la desobediencia judicial, en lo que respecta a ese asunto, por parte de la funcionaria sancionada, es de justicia abstenerse de imponerles cualquier tipo de sanción y por contera la decisión consultada habrá de revocarse, puesto que los fundamentos fácticos y jurídicos que dieron lugar a su expedición, fueron desnaturalizados con la actividad de la Nueva EPS.

En mérito de lo discurrido, El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

**RESUELVE:**

**REVOCAR** la sanción impuesta el 30 de junio de 2015 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas-Risaralda a la **DOCTORA MARÍA LORENA SERNA MONTOYA, GERENTE DE LA NUEVA EPS EN LA CIUDAD DE PEREIRA, y al DR. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE, PRESIDENTE DE ESA MISMA ENTIDAD,**  acorde con lo motivado en precedencia.

Devolver la actuación al Juzgado de origen, para los fines consiguientes.

# CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ**

Secretaria

1. T-190 de 2002. [↑](#footnote-ref-1)
2. T-763 de 1998 [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencias T-553 de 2002 y T-368de 2005. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencias T-188 de 2002, T-368 de 2005 y T-1113 de 2005. La Sala Cuarta de Revisión concedió a la actora la protección invocada; por consiguiente dispuso que el Juez de primera instancia accionado, encargado de hacer cumplir el fallo, fallaría nuevamente el incidente de desacato *“atendiendo a los criterios constitucionales expuestos en la presente providencia”,* sin perjuicio de su deber de hacer cumplir la decisión, de todas maneras. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia C-243 de 1996 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 58 a 73 del cuaderno de desacato. [↑](#footnote-ref-6)