SANCIÓN POR DESACATO/ Cumplimiento del fallo en sede de consulta deja sin fundamento la sanción impuesta en primera instancia

“(…) la señora Martha Lucía le comunicó a funcionario judicial que ya la accionada le había reactivado la prestación de servicio de enfermería sin ningún tipo de inconveniente hasta la fecha; así las cosas, no se puede 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.”

Citas: Corte Constitucional, sentencias C-243 de 1996, T-763 de 1998, T-188 y T-190 de 2002.

**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, nueve (9) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Hora: 7:30 a.m.

Aprobado por Acta No. 701

*Radicación*: *6682-31-04-001-2012-00192-01*

*Accionante*: *Mario Ospina Correa*

*Accionado*: *Nueva EPS*

*Procede*: *Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa*

**ASUNTO**

Revisa la Sala en grado jurisdiccional de consulta, la sanción impuesta el 22 de septiembre de 2015 por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en el trámite del incidente de desacato solicitado por la señora Martha Lucia Giraldo de López quien es la agente oficiosa del señor **MARIO OSPINA CORREA** contra **LA NUEVA EPS**.

**ANTECEDENTES**

La señora Martha actuando en nombre de su tío interpuso acción de tutela en contra de la Nueva EPS en busca de protección para su derecho fundamental a la salud toda vez que a causa de un derrame cerebral sufrido el 27 de octubre de 2011 perdió casi en su totalidad la movilidad, razón por la cual y teniendo en cuenta que requería atención constante y permanente, y él es un hombre mayor que no tiene familia cercana, el médico tratante ordenó el acompañamiento de una enfermera las 24 horas del día, terapias físicas, entre otras atenciones, ayuda que se negó por parte de la EPS por ser un servicio no pos.

Mediante fallo del 6 de agosto de 2012, el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, tuteló los derechos fundamentales reclamados en favor del señor Ospina, y de esa manera le ordenó a la Nueva EPS, prestarle los servicios de cuidado en casa por auxiliar de enfermería de acuerdo a los lineamientos dados por el médico tratante. Adicionalmente dispuso que se le brindara el tratamiento integral para su patología.

El día 20 de agosto 2015, la señora Giraldo presentó memorial solicitando se iniciase trámite incidental de desacato toda vez que la entidad se negaba a brindarle lo ordenado con el fallo de tutela respecto del servicio de enfermería, razón por la cual el Juzgado de conocimiento, procedió mediante auto del día siguiente, a requerir a la Representante Judicial de La Nueva EPS para que informaran las razones por las cuáles se estaba incumpliendo el fallo atrás aludido.

Como la entidad incidentada guardo silencio, la A-quo el 8 de septiembre de 2015 decidió dar apertura formal del incidente de desacato en contra de la Dra. Ana María Sarmiento González y el Dr. José Fernando Cardona Uribe, por ser la Apoderada Judicial y el Gerente General, respectivamente, de La Nueva EPS, 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 22 de septiembre de 2015, la señora Juez de instancia decidió sancionar con arresto de tres (3) días y multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, a la Doctora Ana María Sarmiento Velásquez, Apoderada Judicial de la Nueva EPS, y al Presidente de esa misma entidad Dr. José Fernando Cardona Uribe, por desatender la sentencia de tutela proferida el día 6 de agosto de 2012 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 la Juez de primer grado, tuteló el derecho fundamental a la salud del señor Mario Ospina y en consecuencia le ordenó a la Nueva EPS, brindarle la atención médica domiciliaria que le fuera ordenada por su médico tratante.

La decisión prealudida está calendada el 6 de agosto de 2012, pero a pesar de ello, el de julio de 2015, la agente oficiosa informó que la entidad de salud accionada no estaba cumpliendo, puesto que a pesar del concepto del médico tratante retiraron el servicio de enfermería, 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 22 de septiembre de 2015, el Despacho de conocimiento ordenara sancionar a la Dra. Ana María Sarmiento Velásquez Apoderada Judicial de la Nueva EPS 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, mediante escrito allegado a esta Colegiatura solicitó se decretara la nulidad de lo actuado primero porque el trámite se surtió en contra de funcionarios que no tienen la representación judicial de la entidad en el Eje Cafetero, funcionaria que es la directa encargada de la prestación de los servicios al paciente accionante; adicionalmente, afirma que sí dio respuesta a los requerimientos del Despacho de primer nivel informando las razones por las cuáles se había suspendido la prestación del servicio de enfermería al señor Ospina, por ende la sanción se impuso bajo una falsa motivación.

Así las cosas, revisado el trámite dado por la A-quo sería del caso proceder a decretar la nulidad de lo actuado dentro de este asunto, por evidenciarse que efectivamente jamás se vinculó a la persona que ejerce la representación de la entidad encartada en la ciudad de Pereira y por el contrario, se sancionó a una funcionaria que no coordina la prestación de servicio médicos o asistenciales que presta esa entidad y que por ende no tenía posibilidades de ordenar el cumplimiento del fallo de tutela. Sin embargo, la señora Martha Lucía le comunicó a funcionario judicial que ya la accionada le había reactivado la prestación de servicio de enfermería sin ningún tipo de inconveniente hasta la fecha[[6]](#footnote-6); así las cosas, no se puede 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 la prestación del servicio de atención médica domiciliaria con enfermera para el paciente, por parte del ente incidentado se desdibuja la figura de la desobediencia judicial en lo que respecta a ese asunto, por parte de los funcionarios sancionados; por tanto, 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 11 de agosto de 2015 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira a la **DOCTORA MARÍA LORENA SERNA MONTOYA, Gerente de la Nueva EPS en la ciudad de Pereira, y al DR. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE, Gerente General 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. Folio 65 del cuaderno de desacato. [↑](#footnote-ref-6)