El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente

proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – Incidente de desacato en el grado de consulta – 30 de marzo de 2017

Proceso:                 Acción de Tutela – Revoca sanción

Radicación Nro. : 66170-31-04-001-2016-00024-02

Accionante: CÉSAR AUGUSTO HOLGUÍN BALLESTEROS (Por medio de agente oficioso)

Accionados:      CAFESALUD EPS

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: INCIDENTE DE DESACATO / REALIZACIÓN DE PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO / CUMPLIMIENTO DE LA ORDEN.** “[E]l 24 de marzo del año avante, el Auxiliar Judicial Ad Honorem de este Despacho, se comunicó telefónicamente con la señora Sonia Ballesteros, madre de César Augusto, quien señaló que ya se llevó a cabo el procedimiento quirúrgico esperado, superando con ello las causas que motivaron la activación del presente trámite. Así las cosas, no podemos perder de vista que la finalidad del incidente de desacato, no es otra que el de hacer cumplir la decisión adoptada en la acción constitucional, mas no desembocar ineludiblemente en una sanción, inclusive cuando la parte accionada procediera tardíamente al cumplimiento del mandamiento judicial. Por lo tanto, como con el actuar de la incidentada se ha desdibujado la figura de la desobediencia judicial, es de justicia abstenerse de confirmar cualquier tipo de sanción; en virtud de lo anterior la decisión consultada habrá de revocarse, puesto que los fundamentos fácticos y jurídicos que dieron lugar a su expedición fueron desnaturalizados por la actividad de la entidad accionada.”.

**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, treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 8:25 a.m.

Aprobado por Acta No. 282

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66170-31-04-001-2016-00024-02 |
| **Accionante:**  | César Augusto Holguín Ballesteros (por medio de agente oficioso) |
| **Accionado:** | Cafesalud EPS |
| **Procedencia:** | Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas |
| **Decisión:**  | Revoca sanción por cumplimiento  |

**ASUNTO**

Revisa la Sala en grado jurisdiccional de consulta, la sanción impuesta por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas, Risaralda, dentro del trámite incidental de desacato promovido por el Personero Municipal de esa localidad William Esteban Obando Osorio, actuando como agente oficioso del señor **CÉSAR AUGUSTO HOLGUÍN**,encontrade la **EPS CAFESALUD.**

**ANTECEDENTES**

Mediante fallo de tutela proferido el 02 de marzo del año anterior, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas, Risaralda, ordenó a la EPS Cafesalud que brindara un tratamiento integral al señor César Augusto Holguín Ballesteros, en consecuencia le impuso el deber de autorizar y suministrar todos los tratamientos, procedimientos, transporte, viáticos, alojamientos en otra ciudad con acompañante, de ser necesario, citas especializadas o no, valoraciones, medicamentos, terapias, insumos, en la calidad, cantidad y durante el tiempo que determinen los médicos especialistas tratantes, siempre y cuando estén relacionados con las patologías de “epilepsia refractaria desde la infancia, secundario a hipoxia cerebral post parto, convulsiones de difícil manejo, múltiples tto antiepilépticos sin adecuado control desde el parto, postración crónica, cuadro de encefalitis viral, presenta escaras de larga data” que padece.

A pesar de lo anterior, el 16 de septiembre de 2016, el Personero Municipal de Dosquebradas, agenciando los derechos del señor César Augusto, solicitó al Despacho de conocimiento iniciar un incidente de desacato, por cuanto la entidad accionada no había dado cumplimiento a la precitada sentencia de tutela, toda vez que su médico tratante determinó que requiere un procedimiento quirúrgico denominado “COLLOSOTOMIA TOTAL”, el cual no fue autorizado por la entidad.

Atendiendo la manifestación de la parte accionante, el 19 de septiembre de 2016, el Juzgado de conocimiento ofició a la Dra. Victoria Eugenia Aristizábal Marulanda, como Representante Legal en Pereira de la entidad accionada para que informara los motivos del incumplimiento a la sentencia de tutela mencionada, y procediera a su acatamiento, para lo cual le concedió el término de dos días, pero no se obtuvo ningún pronunciamiento al respecto.

Ante el silencio de la entidad, mediante auto del 27 de septiembre de 2016, se efectuó un requerimiento al superior jerárquico de la anterior, Dr. Carlos Alberto Cardona Mejía, como Presidente, para que hiciera cumplir la decisión de tutela, e iniciara el correspondiente proceso disciplinario, pero en esta oportunidad tampoco se conoció manifestación alguna por parte de los funcionarios vinculados.

En vista de la situación, el 14 de octubre se dio inicio al incidente de desacato en contra de la Dra. Victoria Eugenia Aristizábal Marulanda –Gerente Seccional en Pereira- y al Dr. Carlos Alberto Cardona Mejía –Presidente-, ambos funcionarios de Cafesalud EPS-S, a quienes se ordenó correr traslado de esa decisión durante el lapso de dos días para que ejercieran su derecho de defensa.

El 21 de octubre la Gerente Regional de dicha EPS, Carolina Martínez, allegó un escrito mediante el cual manifestó que en la actualidad esa entidad no tenía contrato con “Neurocentro”, por lo tanto se le tramitó una cita con neurocirugía en la Clínica San Rafael, para continuar con el proceso, pero al intentar constatar esa información, la señora Sonia Ballesteros indicó al Despacho vía telefónica que la cita programada fue cancelada, y sólo se enteró de ello al acudir al lugar de atención.

**INCIDENTE DE DESACATO**

Agotado el trámite incidental, la Juez de primer grado resolvió el 11 de noviembre de 2016, sancionar con arresto de tres (3) días y multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente a los dos funcionarios de Cafesalud EPS vinculados, Dra. Victoria Eugenia Aristizábal Marulanda –Administradora de Agencia- y Dr. Carlos Alberto Cardona Mejía –Presidente-, por haberlos encontrado incursos en desacato a la sentencia de tutela proferida por ese Despacho el 02 de marzo de 2016.

**CONSIDERACIONES**

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.

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

Previo al abordamiento del tema concreto, 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, con el fin de que lo resuelto no se quede en el aire, ya que en el evento de que la orden no sea atendida, el funcionario constitucional de conocimiento tiene la posibilidad de hacer efectivas las sanciones legales correspondientes. 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).

Sobre 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)

En suma, el incidente de desacato es un 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 demandado a acatar la decisión, y su trámite debe respetar ante todo el derecho de defensa y la presunción de inocencia del incidentado.

Cuando la decisión del Juez de tutela 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.[[5]](#footnote-5)

**Caso concreto**.

El incidente de desacato se originó con fundamento en la noticia que suministró el personero municipal de Dosquebradas, en el sentido que la entidad accionada no estaba dando cumplimiento a lo dispuesto dentro de la acción de tutela en la cual se le ordenó que brindara prestación integral de los servicios en salud que requiriera el señor César Augusto con ocasión de sus patologías, sin embargo, su médico tratante determinó que requería un procedimiento quirúrgico denominado “callostomía total”, pese a lo cual no recibió la autorización oportuna para la realización del mismo.

Atendiendo a la voluntad de la parte accionante, el Despacho llevó a cabo el procedimiento correspondiente al caso, que finalizó con la imposición de sanción, al encontrar que los funcionarios de la EPS accionada no fueron prestos en la realización de las gestiones tendientes al cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de tutela.

No obstante, el 24 de marzo del año avante, el Auxiliar Judicial Ad Honorem de este Despacho, se comunicó telefónicamente con la señora Sonia Ballesteros, madre de César Augusto, quien señaló que ya se llevó a cabo el procedimiento quirúrgico esperado, superando con ello las causas que motivaron la activación del presente trámite.

Así las cosas, no podemos perder de vista que la finalidad del incidente de desacato, no es otra que el de hacer cumplir la decisión adoptada en la acción constitucional, mas no desembocar ineludiblemente en una sanción, inclusive cuando la parte accionada procediera tardíamente al cumplimiento del mandamiento judicial.

Por lo tanto, como con el actuar de la incidentada se ha desdibujado la figura de la desobediencia judicial, es de justicia abstenerse de confirmar cualquier tipo de sanción; en virtud de lo anterior la decisión consultada habrá de revocarse, puesto que los fundamentos fácticos y jurídicos que dieron lugar a su expedición fueron desnaturalizados por la actividad de la entidad accionada.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sanción impuesta por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas, el 11 de noviembre de 2016, a la Dra. Victoria Eugenia Aristizábal Marulanda, y al Dr. Carlos Alberto Cardona Mejía, ambos funcionarios de la EPS-S Cafesalud, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: 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. Sentencia T-190 de 2002. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia 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)