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

“(…) con la autorización de servicios a la joven Marcela Ramírez Vera por parte del ente incidentado se desdibuja la figura de la desobediencia judicial en lo que respecta a ese asunto, es de justicia abstenerse de imponerles cualquier tipo de sanción a los funcionarios de la misma 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.”

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, jueves once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Hora: 10:30 a.m.

Aprobado por Acta No. 712

*Radicación*: *66170-31-04-001-2014-00164-01*

*Accionante*: *Marcela Ramírez Vera*

*Accionado*: *Nueva EPS*

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

**ASUNTO**

Revisa la Sala en grado jurisdiccional de consulta, la sanción impuesta el 22 de octubre de 2015 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas, en el trámite del incidente de desacato solicitado por la señora Maribel Vera quien es la agente oficiosa de su hija **MARCELA RAMÍREZ VERA** contra **LA NUEVA EPS**.

**ANTECEDENTES**

La señora Maribel actuando en nombre y representación de su hija interpuso acción de tutela en contra de la Nueva EPS, toda vez que ella padece de “Desnutrición proteinocalorica severa, depleción de la masa muscular y parálisis cerebral”, lo que implica que no tenga ningún tipo de movimiento, esto es no se sienta ni puede sostener la cabeza, recibe alimentación por sonda nasogástrica y le han realizado varias gastrostomías. Como consecuencia de lo anterior, requería de un procedimiento denominado fistula del estómago y del duodeno, pero a pesar de haber sido ordenado por el médico tratante no se había realizado, como tampoco la operación de una catarata que presentaba en el ojo izquierdo. Además de lo anterior, la entidad se negaba a entregarle los insumos necesarios para su cuidado como pañales desechables, pañitos húmedos, crema antipañalitis, guantes, micropore, jeringas y sondas nasogástricas; y mucho menos le brindaba el transporte en ambulancia para llevarla a sus citas médicas y la atención ambulatoria en casa.

Mediante fallo del 24 de octubre de 2014, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas, tuteló los derechos fundamentales reclamados en favor de la joven Marcela Ramírez, y de esa manera le ordenó a la Nueva EPS, suministrarle tanto los insumos que requiere para su atención diaria tanto de aseo como de alimentación y demás actividades médicas; igualmente, que se le brindara el transporte en ambulancia cada vez que debiera ser trasladada de su lugar de residencia a centro de salud o IPS para recibir atención médica, también el ser inscrita en el programa de atención médica domiciliaria y la autorización y realización de los dos procedimientos quirúrgicos que requería. Adicionalmente dispuso que se le brindara el tratamiento integral para su patología.

El día 9 de marzo de 2015, la señora Vera presentó memorial solicitando se iniciase trámite incidental de desacato toda vez que la entidad aún no autorizaba la realización del procedimiento “cierre de otra fistula gástrica sod” como tampoco le hacía entrega de unos implementos como jeringas, micropore, cinta microporosa, esparadrapo y guantes de cirugía; razón por la cual el Juzgado de conocimiento, procedió mediante auto del día siguiente, a requerir a la Gerente Regional de La Nueva EPS para que informaran las razones por las cuáles se estaba incumpliendo el fallo atrás aludido. Al no obtener respuesta, el 16 de marzo de 2015 se requirió nuevamente a la ya mencionada funcionaria y adicionalmente, a su superior jerárquico, esto es al Dr. José Fernando Cardona Uribe quien es el Presidente de la Nueva EPS.

El 22 de septiembre de 2015 la accionante presentó escrito reiterando su solicitud de desacato por desatención a la orden de tutela fallada en favor de su hija discapacitada.

De acuerdo a lo anterior y toda vez que la entidad incidentada guardo silencio frente a los requerimientos realizados en el mes de marzo de ese mismo año, la señora Juez de instancia procedió a ordenar mediante auto del 23 de septiembre de 2015 requerir nuevamente a la Gerente Regional de la Nueva EPS Dra. María Lorena Serna y a la Coordinadora Jurídica de esa misma entidad Dra. Belman Lucila Cárdenas Krafft. Frente a esto, la entidad el primero de octubre de ese año allegó escrito solicitándole al Despacho se le concediera un término prudencial para dar una solución definitiva respecto al caso concreto.

La A-quo el 6 de octubre de 2015 decidió dar apertura formal del incidente de desacato en contra de la Dra. María Lorena Serna y el Dr. José Fernando Cardona Uribe, por ser la Gerente Regional y el Gerente General, respectivamente, de La Nueva EPS, para que realizaran el trámite administrativo tendiente a verificar el cumplimiento de la orden constitucional.

El 20 de octubre de 2015, La Nueva EPS hizo llegar al Despacho documento informando que a la paciente Ramírez Vera se le había autorizado y programado la cirugía de cierre de fistula para ser realizado en la IPS San Rafael el 3 de noviembre de ese año. Adicionalmente, se le autorizó el servicio de atención domiciliaria el cual incluye atención por medicina general y nutricionista. Finalmente señaló que la accionante no tenía más autorizaciones pendientes. Al día siguiente, la señora Vera comunicó al juzgado que efectivamente se le habían autorizado los procedimientos quirúrgicos, sin embargo no se le estaba suministrando la atención domiciliaria y el suplemento nutricional requerido.

**INCIDENTE DE DESACATO**

Agotado el trámite incidental, mediante auto del 22 de octubre 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 José Fernando Cardona Uribe, Gerente Regional 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 24 de octubre de 2014 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 de la joven Marcela Ramírez Vera y en consecuencia le ordenó a la Nueva EPS, brindarle la atención integral para su patología y autorizar los procedimientos quirúrgicos que estaban pendientes.

La decisión prealudida está calendada el 24 de octubre de 2014, pero a pesar de ello, en el mes de marzo de 2015, la agente oficiosa informó que la entidad de salud accionada no estaba cumpliendo, puesto que a pesar del fallo los procedimientos quirúrgicos seguían sin ser autorizados y realizados, además de que no se le estaban entregando los suministros necesarios para la atención de la paciente, 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 octubre de 2015, el Despacho de conocimiento ordenara sancionar a la Dra. María Lorena Serna, Gerente Regional 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 revocara la sanción impuesta toda vez que como se anunció desde la respuesta al requerimiento, el procedimiento quirúrgico se programó y realizó el 3 de noviembre de 2015 a las 7:00 de la mañana en la clínica San Rafael. Frente al suministro del Ensure, señaló que el 27 de octubre se le entregó a un familiar de la actora la cantidad dispuesta y ordenada por el médico tratante para tres meses. En lo que respecta a la atención domiciliaria, la misma ya se le había autorizado y se le está prestando[[6]](#footnote-6).

En ese orden de 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 autorización de servicios a la joven Marcela Ramírez Vera por parte del ente incidentado se desdibuja la figura de la desobediencia judicial en lo que respecta a ese asunto, es de justicia abstenerse de imponerles cualquier tipo de sanción a los funcionarios de la misma 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.

Finalmente, quiere la Sala llamar la atención de la Juez A-quo, ya que dentro de la foliatura no se evidencia actuación alguna dentro de este asunto que justifique por qué entre los meses de abril a septiembre de 2015 no se le dio impulso a este desacato, y sólo se volvió a retomar cuando la madre de la accionante solicitó nuevamente que se diera trámite al desacato; así las cosas, se puede entrever un descuido y olvido por parte de los funcionarios de ese juzgado para darle impulso a esta actuación.

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

**RESUELVE:**

**REVOCAR** la sanción impuesta el 22 de octubre de 2015 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas 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. Folios 133 a 171 del cuaderno de desacato. [↑](#footnote-ref-6)