RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Proyecto aprobado por Acta No.849

Hora: 2:00 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991, se entra a resolver lo concerniente al grado de consulta frente a la decisión proferida el 9 de agosto de 2018 por el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, Risaralda, mediante la cual impuso sanción de arresto por tres (3) días y multa equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente a la Gerente de la Nueva EPS Pereira, doctora María Lorena Serna Montoya y a su superior jerárquico en calidad de Gerente General, doctor José Fernando Cardona Uribe, por desacato al fallo de tutela proferido por ese mismo despacho el 6 de agosto de 2006.

2. ANTECEDENTES

2.1. Mediante sentencia de primera instancia del 1º de agosto de 2006 el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, tuteló los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de la señora Magnolia Isaza de Duque y en tal sentido, ordenó que en un término improrrogable de 48 horas a partir de la notificación del fallo, el entonces ISS, autorizara y suministrara a la accionante los medicamentos ordenados por el galeno tratante y en adelante se autorizaran, los demás procedimientos, medicamentos, tratamientos médico-quirúrgicos y hospitalarios necesarios para la recuperación integral de su salud y conservación de la vida en condiciones dignas. (Fls. 31-38).

2.2. El 12 de julio de 2018 el señor Alberto Duque Isaza agente oficioso de la señora Magnolia Isaza de Duque, presentó un escrito ante el despacho de primer nivel en el que dio a conocer que habían transcurrido dos meses sin que a madre le hubieran realizado las terapias de respiración y de fonoaudiología, las cuales eran llevadas a cabo por personal de la IPS Medifarma, entidad con la que se terminó el contrato respectivo, ya que ese convenio fue transferido a la IPS H&L. Así mismo, indicó que la NUEVA EPS no había autorizado el medicamento FOSOMAX ALENDRONATO tableta x 70 mg, que requiere la agenciada. En tal sentido, solicitó iniciar incidente de desacato para que se cumpliera el fallo emitido a favor de la señora Isaza de Duque (Fl. 195).

2.3. Mediante auto del 19 de julio de 2018, el juzgado dispuso correr traslado de la queja anterior a la Dra. María Lorena Serna Montoya, Gerente Regional de la NUEVA EPS para que cumpliera el fallo y al Dr. José Fernando Cardona Uribe, Gerente General de la misma entidad para que ordenara el cumplimiento de la sentencia de tutela e iniciara las acciones disciplinarias a que hubiera lugar (Fl.196 y 197). Decisión que fue enviada al correo electrónico de la NUEVA EPS, según se advierte del acta de notificación del 24 de julio de 2018 (Fl. 198 frente y vuelto).

2.4. El 6 de agosto de 2018 el señor Alberto Duque Isaza radicó otro escrito en el juzgado de conocimiento, a través del cual informó que pese a que la NUEVA EPS había autorizado el medicamento FOSOMAX ALENDRONATO tableta x 70 mg, no había sido suministrado por parte de Audifarma y reiteró que tampoco le han cumplido con las terapias de respiración y las de fonoaudiología, las cuales necesita su madre, señora Magnolia Isaza de Duque (Fl. 200).

2.5. Mediante auto del 9 de agosto de 2018 el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, resolvió sancionar con arresto por tres (3) días y multa equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente a la Gerente de la Nueva EPS Pereira, doctora María Lorena Serna Montoya y a su superior jerárquico en calidad de Gerente General, doctor José Fernando Cardona Uribe, por desacato al fallo de tutela proferido por ese mismo despacho el 6 de agosto de 2006. Igualmente, dispuso la remisión del expediente para su consulta (Fls. 201 y 202). Dicha decisión fue notificada a través de los oficios Nos. 3531 y 3532 del 13 de agosto de 2018 (Fls. 204 y 205 frente), los cuales fueron enviados por correo electrónico (Fls. 204 y 205 vuelto).

3. CONSIDERACIONES

3.1. 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.

3.2. La Corte Constitucional en la Sentencia T-512 de 2011 señaló lo concerniente a la naturaleza del incidente de desacato expresando lo siguiente:

*“El incidente de desacato es un mecanismo de creación legal que procede a petición de la parte interesada, de oficio o por intervención del Ministerio Público, el cual tiene como propósito que el juez constitucional, en ejercicio de sus potestades disciplinarias, sancione con arresto y multa a quien desatienda las órdenes de tutela mediante las cuales se protejan derechos fundamentales. De acuerdo con su formulación jurídica, el incidente de desacato ha sido entendido como un procedimiento: (i) que se inscribe en el ejercicio del poder jurisdiccional sancionatorio; (ii) cuyo trámite tiene carácter incidental. La Corte Constitucional ha manifestado que la sanción que puede ser impuesta dentro del incidente de desacato tiene carácter disciplinario, dentro de los rangos de multa y arresto, resaltando que, si bien entre los objetivos del incidente de desacato está sancionar el incumplimiento del fallo de tutela por parte de la autoridad responsable, ciertamente lo que se busca lograr es el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada y, por ende, la protección de los derechos fundamentales con ella protegidos.”*

A su vez expresa:

*“INCIDENTE DE DESACATO-Límites, deberes y facultades del Juez*

*La autoridad judicial que decide el desacato debe limitarse a verificar: “(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y 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). (Sentencias T-553 de 2002 y T-368 de 2005). // 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 (…)”. Con todo, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, por razones muy excepcionales, el juez que resuelve el incidente de desacato, con la finalidad de asegurar la protección efectiva del derecho, puede proferir órdenes adicionales a las originalmente impartidas o introducir ajustes a la orden inicial, siempre que se respete el alcance de la protección y el principio de la cosa juzgada, señalando los lineamientos que han de seguirse para tal efecto. ”*

*“CUMPLIMIENTO FALLO DE TUTELA E INCIDENTE DE DESACATO-Responsabilidad objetiva y subjetiva*

*Siendo el incidente de desacato un mecanismo de coerción que tienen a su disposición los jueces en desarrollo de sus facultades disciplinarias, el mismo está cobijado por los principios del derecho sancionador, y específicamente por las garantías que éste otorga al disciplinado. Así las cosas, en el trámite del desacato siempre será necesario demostrar la responsabilidad subjetiva en el incumplimiento del fallo de tutela. Así las cosas, el solo incumplimiento del fallo no da lugar a la imposición de la sanción, ya que es necesario que se pruebe la negligencia o el dolo de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela.*

*(…) Contra la decisión del incidente de desacato no procede ningún recurso, siendo obligatorio en cambio el grado jurisdiccional de consulta solamente en el caso en que se haya resuelto sancionar a quien ha incumplido la orden de tutela. Esta Corporación ha sostenido que excepcionalmente es posible cuestionar mediante la acción de tutela la decisión que pone fin al trámite incidental del desacato cuando se generen situaciones que, a su turno, comprometan derechos fundamentales, especialmente el derecho al debido proceso, de cualquiera de las personas que fueron parte en la tutela previamente resuelta”.*

3.4. DEL CASO EN CONCRETO

3.4.1. En el caso *sub examine*, quedó demostrado que el Juzgado 1º Penal del Circuito de Dosquebradas en la sentencia del 1º de agosto de 2006 al amparar los derechos fundamentales de la señor Magnolia Isaza de Duque, decidió ordenar a la NUEVA EPS que le brindara un tratamiento integral para sus patologías.

3.4.2. El 5 de septiembre de 2018 el señor Alberto Duque Isaza allegó un escrito en el cual puso en conocimiento que el medicamento FOSAMAX ALENDRONATO fue cancelado por parte de Audifarma con fundamento en que se encuentra inactivo “registro sanitario vencido” y que el señor Duque Isaza autorizó dicha cancelación. Así mismo, indicó que la NUEVA EPS no ha cumplido con las terapias de respiración y fonoaudiología (Fl. 4 del cuaderno de consulta).

3.4.3. Por su parte, el apoderado judicial de la NUEVA EPS radicó el 7 de septiembre de 2018 un escrito en la Secretaría de esta Sala en el que informa sobre el cumplimiento del fallo de tutela proferido a favor de la señora Magnolia Isaza y en tal virtud, solicitó que se revocara la sanción impuesta a sus funcionarios (Fls. 5-9 cuaderno de consulta). Al respecto, adjuntó una copia de la certificación de la IPS H&L SALUD SAS en la que consta que la señora Isaza de Duque fue valorada por el Dr. Nelson Osorio Cortés y que a la misma le fueron realizadas seis (6) terapias físicas del 24 de julio de 2018 al 30 de julio de 2018 (Fl. 10 ídem), así mismo, allegó copia de las fórmulas y autorizaciones médicas expedidas entre septiembre de 2017 a mayo de 2018 concernientes a los siguientes servicios: Binzolamida solución oftálmica, Fosomax Alendronato sx 70 mg, pañal adulto talla M, Óxido de zinc pasta Granúgena tubo x 60 para uso diario (Fls. 10-17 del mismo cuaderno).

3.4.5. Así las cosas, esta Sala puede concluir que de conformidad con las quejas presentadas por el agente oficioso de la señora Magnolia Isaza de Duque, la NUEVA EPS ningún pronunciamiento hizo frente a las terapias de respiración y fonoaudiología reclamadas, pues nótese que solo quedó acreditado dentro de la foliatura los servicios médicos que ha recibido la señora Isaza en meses pasados.

3.4.6. Es de recordar que para efectos de una sanción por incumplimiento a un fallo de tutela, es estrictamente necesario que durante el incidente de desacato se sepa quién es la persona encargada de su acatamiento, los motivos por los cuáles no ha cumplido, y, además, quién es el superior de esa persona, para de esa manera poder efectuar lo dispuesto en el citado artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, el cual señala que:

*“Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.*

*Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. 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.”*

3.4.7. De conformidad con la norma anterior, el procedimiento allí señalado indica que se debe hacer lo siguiente: i) Comunicar lo pertinente a la persona encargada de acatar de la acción de tutela, que para este asunto en concreto es la Dra. María Lorena Serna Montoya, Gerente de la NUEVA EPS en la ciudad de Pereira, lo cual hizo el *A quo* con el fin de que procediera a cumplir la orden o informara los motivos por lo cual no la había efectuado. Al respecto, la Sala considera que aunque el juez de primer nivel luego de pasadas 48 horas de haber oficiado a la Dra. Serna Montoya sin obtener respuesta alguna, debió haber requerido a su superior jerárquico el Dr. José Fernando Cardona Uribe, Presidente Nacional de la NUEVA EPS para que hiciera cumplir el fallo y diera inicio al proceso disciplinario, no existe reproche alguno en cuanto dispuso en el auto del 19 de julio de 2018, requerir conjuntamente a dichos funcionarios. (ii) Luego de requerir a la Dra. María Lorena Serna Montoya y al Dr. José Fernando Cardona Uribe y transcurridas otras 48 horas sin que se hubiera obedecido la sentencia de tutela, el juez de conocimiento debió abrir de manera formal el respectivo incidente de desacato, situación que se echa de menos en este trámite, por cuanto no se respetó el derecho a la defensa, lo que vulnera el debido proceso que debe enmarcar este procedimiento, al haber omitido dar apertura del incidente, máxime cuando a los mencionados funcionarios se les impuso una sanción privativa de la libertad.

3.4.8 En ese orden de ideas, la irregularidad que se censura conlleva una violación sustancial al debido proceso y transgrede las formas propias del procedimiento establecido, por lo que se hace necesario declarar la nulidad de lo actuado con posterioridad al Auto del 19 de julio de 2018 por medio del cual se dispuso efectuar el requerimiento previo del incidente, para que la actuación se ajuste a los lineamientos establecidos en el Decreto 2591 de 1991.

DECISIÓN

Por lo expuesto en precedencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del procedimiento adelantado por el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad con posterioridad al Auto del 19 de julio de 2018 por medio del cual se dispuso efectuar el requerimiento previo del incidente a los funcionarios de la NUEVA EPS, para que la actuación se ajuste a los lineamientos establecidos en el Decreto 2591 de 1991.

SEGUNDO: SE DISPONE la remisión inmediata de las diligencias al Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta capital para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado