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 grado de consulta – 24 de enero de 2018

Proceso:                 Acción de Tutela – Decreta la nulidad de lo actuado en el tramite incidental

Radicación Nro. : 66001-31-87-003-2017-00081-01

Accionante: MARLENY DEL CARMEN MORALES RAMÍREZ

Accionados:      NUEVA EPS

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: NULIDAD DEL TRAMITE INCIDENTAL POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN.** [T]odas las actuaciones que se adelantan dentro de este tipo de procedimiento deben ser puestas en conocimiento de los involucrados de manera efectiva, para que así se les garantice la oportunidad de exponer las justificaciones que consideren pertinentes, y en el mejor de los casos procedan al cumplimiento del mandato judicial impuesto, pues debe recordarse que el trámite de desacato no persigue una mera sanción, sino que su finalidad es la de poner fin a la vulneración de los derechos fundamentales de quien ha sido protegido con la acción constitucional, con el cumplimiento de las órdenes que para tal fin se impusieron. Así las cosas, debe este Juez Colegiado proceder a decretar la nulidad de lo actuado dentro del presente asunto desde su inicio para que se rehaga la actuación respetando el debido proceso de los presuntos funcionarios que han desatendido la orden constitucional, ello con el fin de garantizar tanto los derechos fundamentales de la parte accionante como de la parte encartada, como regla general y básica en todos los procesos judiciales, especialmente dentro de trámites que pueden conllevar posibles restricciones a la libertad de las personas.

**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, veinticuatro (24) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 11:20 a.m.

Aprobado por Acta No. 43

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66001-31-87-003-2017-00081-01 |
| **Accionante:** | Marleny del Carmen Morales Ramírez  |
| **Accionado:** | Nueva EPS |
| **Procedencia:**  | Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad |
| **Decisión:**  | Decreta nulidad  |

**ASUNTO:**

Revisa la Sala en grado jurisdiccional de consulta la sanción impuesta por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, dentro del trámite incidental de desacato promovido por la señora **MARLENY DEL CARMEN MORALES RAMÍREZ** en contra de la **NUEVA EPS**.

**ANTECEDENTES:**

Mediante fallo de tutela proferido el 28 de septiembre de 2017, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la vida de los cuales es titular la señora Marleny del Carmen Morales Ramírez, y en consecuencia de ello, le ordenó a la Nueva EPS que entregara en favor de su afiliada los medicamentos denominados *“GLUCAGON SOLUCION INYECTABLE 10 mg y ACARBOSA TABLETAS 50 mg”* conforme a la prescripción realizada por su médico tratante; así mismo, le impuso el deber de suministrarle en adelante una cobertura integral respecto de la patología *“HIPOGLICEMIA”* que padece y que motivó la interposición de la acción constitucional.

A pesar de lo anterior, el 25 de octubre de 2017 la señora Marleny del Carmen presentó en el Despacho de conocimiento un memorial con el cual solicitó que se diera inicio a un trámite incidental de desacato en contra de la Nueva EPS, toda vez que no había sido posible que le hicieran entrega de los medicamentos referidos atrás, incumpliendo con ello la orden proferida por el Juez de tutela, mediante la cual se protegieron sus derechos fundamentales.

Atendiendo a esa manifestación, el Juez de conocimiento emitió un auto el día siguiente, dentro del cual ordenó requerir a la Doctora María Lorena Serna Montoya, en su calidad de Gerente de la Nueva EPS en Pereira, para que acreditara el acatamiento de la aludida sentencia; además se requirió a su superior jerárquico, Doctor José Fernando Cardona Uribe, como representante legal de dicha entidad para que hiciera cumplir la decisión constitucional en comento, y además iniciara la investigación disciplinaria a que hubiera lugar en contra de la funcionaria directamente encargada.

Como quiera que no se obtuvo ninguna respuesta por parte de los funcionarios requeridos, el Juzgado de primer nivel resolvió dar apertura formal al incidente de desacato el 2 de noviembre de 2017 en contra de los aludidos funcionarios, y les concedió el término de 3 días para que expusieran las justificaciones del caso.

Agotado el trámite incidental, el *A-quo* decidió mediante auto interlocutorio del 10 de noviembre de 2017 sancionar a los Doctores María Lorena Serna Montoya y José Fernando Cardona Uribe, ambos funcionarios de la Nueva EPS, con arresto de cinco (5) días y multa de un (1) *SMLMV*, por su desacato a la sentencia de tutela proferida el 28 de septiembre de 2017 en favor de la señora Marleny del Carmen Morales Ramírez y ordenó la consulta de la decisión que hoy ocupa la atención de la Magistratura.

**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 decisión 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.

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. Igualmente debe demostrarse en dicho incidente la desobediencia de la persona al cumplimiento de la sentencia, sin poderse presumir la responsabilidad.

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)

Conforme con la Carta Política, algunos de los fines esenciales del Estado son servir a la comunidad, así como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella[[6]](#footnote-6), sin perder de vista que la función administrativa se desarrolla atendiendo a los principios de buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia, los cuales se aplican a la prestación de servicios públicos en general[[7]](#footnote-7). No es explicable ni concebible que una entidad gubernamental, que hace parte de un engranaje agrupado bajo el nombre de Estado Colombiano, omita de manera sistemática el cumplimiento de los principios y deberes con los cuales fue creada.

**Del caso concreto:**

El presente incidente de desacato se originó con fundamento en la noticia que suministró la señora Marleny del Carmen Morales Ramírez al Despacho competente, en el sentido de que la Nueva EPS no estaba dando cumplimiento a lo dispuesto dentro de la acción de tutela por medio de la cual se ampararon sus derechos fundamentales.

Atendiendo a la voluntad de la accionante el Despacho llevó a cabo el procedimiento que estimó pertinente en el caso concreto, mismo que culminó con la imposición de una sanción en contra de los funcionarios vinculados, ello por cuanto no se logró obtener explicación satisfactoria alguna que permitiera comprender las razones de su desobediencia, y tampoco se conoció ninguna actuación diligente realizada por parte suya para conjurar dicho desconocimiento.

En estas precisas condiciones, encuentra la Sala que si bien lo lógico en este tipo de casos, donde el derecho a la salud de la accionante está en juego y la entidad es aparentemente renuente a brindarle la atención integral que se le ordenó vía tutela, sería emitir la sanción por desacato, tal como lo hizo el Juez de instancia, no obstante, dentro del presente asunto tal decisión no puede ser avalada, y ello tiene razón en que durante el trámite incidental se incurrió por parte del Cognoscente en un error procedimental, que de pasarse por alto, atentaría en contra de los derechos también fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción de los funcionarios sancionados.

Lo anterior por cuanto no se refleja en el encuadernado ninguna constancia que permita establecer de qué forma se les notificó a los accionados el auto que dio apertura formal al incidente de desacato, ahora, tampoco existe certeza de la comunicación que se les hizo del requerimiento previo, pues aunque se anexó un pantallazo de su envío por medio de correo electrónico del 27 de octubre de 2017, la misma resulta insuficiente sin la correcta demostración de su recibido, pues como se explicó en párrafos anteriores, este trámite se encuentra enmarcado por la presunción de inocencia de los incidentados, frente a los cuales se debe demostrar su desobediencia volitiva y real, ya que no se puede presumir su responsabilidad.

Quiere decir lo anterior que todas las actuaciones que se adelantan dentro de este tipo de procedimiento deben ser puestas en conocimiento de los involucrados de manera efectiva, para que así se les garantice la oportunidad de exponer las justificaciones que consideren pertinentes, y en el mejor de los casos procedan al cumplimiento del mandato judicial impuesto, pues debe recordarse que el trámite de desacato no persigue una mera sanción, sino que su finalidad es la de poner fin a la vulneración de los derechos fundamentales de quien ha sido protegido con la acción constitucional, con el cumplimiento de las órdenes que para tal fin se impusieron.

Así las cosas, debe este Juez Colegiado proceder a decretar la nulidad de lo actuado dentro del presente asunto desde su inicio para que se rehaga la actuación respetando el debido proceso de los presuntos funcionarios que han desatendido la orden constitucional, ello con el fin de garantizar tanto los derechos fundamentales de la parte accionante como de la parte encartada, como regla general y básica en todos los procesos judiciales, especialmente dentro de trámites que pueden conllevar posibles restricciones a la libertad de las personas.

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

**RESUELVE:**

**DECRETAR LA NULIDAD** de todo lo actuado por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira dentro del presente asunto, a fin de que se rehaga la actuación respetando el debido proceso establecido para el trámite de desacatos, de acuerdo a lo dicho en precedencia.

**DEVOLVER** el presente expediente al Juzgado de primer nivel, para que se rehaga la actuación en consonancia con lo que ya se ha dicho.

**NOTIFÍQUESE, CÓPIESE Y CÚMPLASE.**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

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. Art. 2 Constitución Política [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículo 3 Ley 489 de 1998 [↑](#footnote-ref-7)