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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL / REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD / INCIDENTE DE DESACATO / FINALIDAD, CUMPLIMIENTO DEL FALLO / NO EXCLUSIVAMENTE SANCIONAR / PROCEDE SI VULNERA EL DEBIDO PROCESO DE LAS PARTES.**

… lo pretendido por la señora María Cristina Casas Piedrahita al concurrir ante el juez constitucional, es lograr el amparo de sus derechos fundamentales…, que se encuentra en riesgo de ser comprometida amén de la decisión sancionatoria que profirió en su contra el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de conocimiento de Pereira… y confirmada en sede de consulta por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esta misma capital…, todo ello dentro del incidente de desacato que allí se tramitó…

Cuando se dirige la tutela contra providencias judiciales, se convierte en un mecanismo de protección excepcionalísimo y por ello su prosperidad va ligada al acatamiento de unos requisitos de procedibilidad que la jurisdicción constitucional ha acogido en fallos C-560 de 2005 y T-332 de 2006…

… la misma Corte Constitucional 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 circunstancias que comprometan derechos fundamentales, especialmente el derecho al debido proceso, de cualquiera de las personas que fueron parte en la tutela previamente resuelta…

La finalidad entonces del incidente no es sancionar por sancionar, sino buscar la observancia de lo decidido por el juez de tutela, como así lo ha tenido decantado el órgano de cierre al referir en la sentencia SU-034 de 2018…

… reitera la Sala que -ni- en el curso del trámite constitucional y mucho menos en el incidente de desacato con tal, se vulneraron derechos fundamentales a la actora; sin embargo, sí existió una circunstancia con posterioridad a ello, que no fue debidamente analizada en principio por quien fungía como encargado del Juzgado Segundo Penal Municipal…, cuando en sentir de la Sala la situación ameritaba una determinación diferente a efectos de evitar exigir obstinadamente el cumplimiento de una orden de atención en salud dada en el fallo de tutela, pero que actualmente los médicos tratantes cambiaron radicalmente por otra…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA de decisión PENAL**

Magistrado Ponente

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Pereira, veinticinco (25) de enero dos mil veintitrés (2023)

Acta de Aprobación No. 049

Hora: 10:00 a.m.

1.- VISTOS

Procede la Sala a decidir la tutela instaurada por la señora **MARÍA CRISTINA CASAS PIEDRAHITA**, contra el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira (Rda.), y al cual se vinculó el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esta misma capital, al considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, seguridad jurídica, acceso a la Administración de Justicia, igualdad, libre locomoción y buen nombre.

2.- SOLICITUD

El extenso escrito de tutela presentado por la señora **CASAS PIEDRAHITA** se puede sintetizar así: (i) dentro de la acción de tutela promovida por GILMER ALEXIS PARRA VASQUEZ, se ampararon sus derechos fundamentales y se dispuso que se materializara el procedimiento “RADIOCIRUGÍA INTRACRANEAL DE FUENTE ÚNICA DE FOTONES -PLANEACIÓN COMPUTARIZADA Y SIMULACIÓN VIRTUAL-“, o también llamada RADIOCIRUGÍA HIPOFRACCIONADA ROBÓTICA, en una IPS que tenga disponibilidad, pero pese a dicha orden, el usuario no puede acceder dada su condición de salud, lo que fue aclarado en el trámite del desacato, pero aun así se le impuso una sanción desproporcionada, en tanto lo decidido desconoce los conceptos técnico científicos y se imponen de manera caprichosa sobre el diagnóstico y necesidad de un tratamiento idóneo; (ii) estima que se incurrió en un defecto fáctico, por cuanto si bien con la tutela se aprobó el aludido procedimiento, en consulta de consulta de radioterapia de octubre 21 el galeno indicó que no era “candidato quirúrgico” porque “se va a comprometer más la función visual” por tanto se decide realizar “radioterapia VMAT con posicionamiento de radiocirugía en macroadenoma hipofisiario”, las cuales recibe desde octubre 27 de 2022, y de las cuales le fueron ordenadas 25 ciclos; (iii) el despacho no realizó un estudio de fondo de las pruebas para resolver el incidente, en tanto la situación del usuario llevaba a ver el contexto de manera diferente a la inicial, y aunque ello fue puesta en conocimiento del despacho, se hizo caso omiso y se insistió de manera arbitraria en la ratificación de su postura sancionatoria; (iv) se incurrió además en un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente constitucional, en tanto el mismo condiciona a los jueces a realizar una ardua valoración probatoria para evidenciar la necesidad del servicio y así poder ordenar a las EPS la entrega de lo requerido por el usuario, sin que el juez de tutela esté provisto de una facultad extraordinaria para otorgar ultra petita actividades no provistas en una orden médica, en tanto es el médico tratante, el único habilitado y competente para decidir sobre los servicios de salud que el paciente requiere, pero en este caso la juez obvió las alertas que la EPS brindó en curso del desacato y endilga una responsabilidad sin tener en cuenta los precedentes constitucionales, sobre responsabilidad subjetiva, levantamiento de sanciones por desacato, por exceso ritual manifiesto y decisión sin motivación; (v) en este caso ASMET SALUD tiene una imposibilidad jurídica de acatar el fallo dadas las normas que regulan el sistema en salud, el cumplimiento de la orden de tutela pondría en riesgo la vida del usuario al someterlo a una cirugía cuando los médicos tratantes determinaron que no era candidato para esta, no se analizó lo relativo a la responsabilidad subjetiva y con lo decidido e vulneró de manera directa la constitución; (vi) hace relación en extenso a la situación fáctica presentada en el trámite constitucional, en el cual por auto de septiembre 14 de 2022 el Juzgado Segundo la sancionó, en su condición de Gerente Departamental de ASMET SALUD EPS, así como al Representante Legal, decisión que se confirmó en consulta por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira y aunque en noviembre 01 se solicitó la inaplicación de la sanción, amén de lo dispuesto en su historia clínica al no ser “candidato quirúrgico”, el despacho no accedió a la misma.

Con fundamento en lo anterior, pide que se amparen los derechos que estima vulnerados y se le ordene al despacho de primer nivel que module el fallo de tutela, dadas las particularidades del caso y que se pronuncie de manera detallada sobre los argumentos expuestos. De manera subsidiaria, emita una orden para que en el menor tiempo posible se eliminen los factores que afectan derechos fundamentales y se sopese derechos y principios en una decisión que no afecte al señor GILMER ALEXIS PARRA, ni a quienes fueron sancionados, e igualmente se levanten las sanciones impuestas en el incidente de desacato. Como medida previa solicitó la suspensión de la sanción hasta que se resuelva de fondo la situación médica del usuario, misma que en su momento fue negada por la Sala Unitaria.

3.- CONTESTACIÓN

Se corrió traslado de la tutela al despacho accionado, y se vinculó de manera oficiosa al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira, al señor GILMER ALEXIS PARRA VÁSQUEZ, quien obra como accionante en el trámite que se adelantó ante el Juzgado demandado y al Representante Legal General de ASMET SALUD EPS, a quien también se le impuso sanción en sede de desacato, quienes al respecto así se pronunciaron:

- *La titular del Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira (Rda.)* luego de hacer alusión a lo vertido en el trámite de tutela que allí adelantó, así como al desarrollo del incidente de desacato que finalizó con la sanción para la acá accionante señora **MARÍA CRISTINA CASAS PIEDRAHITA** y el Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS, Representante Legal de ASMET SALUD EPS, mismo que en sede de consulta confirmó el Juzgado Séptimo Penal del Circuito, así como a la solicitud de inaplicación de la sanción elevada por la acá accionante, lo cual le fue negado, en punto de lo que es materia de esta acción expresó: (i) en relación con el supuesto fáctico, indicó que el servicio de “RADIOTERAPIA VMAT CON POSICIONAMIENTO DE RADIOCIRUGÍA EN MACROADENOMA HIPOFISIARIO”, fue ordenado por el médico tratante en reemplazo de la “RADIOCIRUGÍA INTRACRANEAL DE FUENTE ÚNICA DE FOTONES” O TAMBIÉN LLAMADA “RADIOCIRUGÍA HIPOFRACCIONADA ROBÓTICA”, al no haber sido esta ordenada de manera oportuna por la EPS y por ende el paciente ya no era apto para su práctica por su deterioro de salud; (ii) para la fecha de solicitud de revocatoria de sanción, al actor no había recibido las 25 sesiones de radioterapia, y en la tutela no solo se ordenó la Radiocirugía intracraneal, sino también su tratamiento integral; (iii) el despacho en momento alguno desconoció la valoración de la historia clínica del paciente y lo decidido se adoptó conforme lo probado, con el consecuente incidente de desacato, donde se guardó silencio y no se aprobó prueba para tomar decisión y en punto de la revocatoria pedida, el despacho analizó lo pertinente y evidenció que el tratamiento médico ordenado fue modificado por la negligencia de la EPS en asegurar el servicio médico ofertado, por lo cual se dispuso la realización d 25 radioterapias, las cuales para ese momento no se habían prestado en su totalidad al actor; (iv) el incidente de desacato se desarrolló con respeto por el debido proceso, se permitió a la accionada ejercer su derecho a la defensa, del cual no hizo uso, la sanción fue motivada y se surtió el grado de consulta donde fue confirmado lo decidido; (v) en sede de desacato los requeridos no informaron los avances acerca del cumplimiento de la sanción, y por el contrario del expediente se extraen las omisiones de la EPS que comprometieron la salud del actor, y si bien la hoy accionante no hizo uso del derecho de defensa en curso del incidente de desacato, no puede a la hora de ahora traer alegaciones nuevas que no expresó en ese momento, y (vi) estima que el despacho no vulneró los derechos fundamentales reclamados por la accionante y en consecuencia pide se declare improcedente la tutela y se niegue el amparo reclamado

-. El dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS, Representante Legal de ASMET SALUD EPS, indicó que por disposición médica el señor GILMER ALEXIS PARRA no podía acceder a lo ordenado en el fallo de tutela, y aunque ello se aclara en el incidente de desacato, se llegó a una determinación desproporcionada que se ha mantenido incólume, al no estar ajustada a derecho, habiéndose desconocido los conocimientos técnico científicos emitidos por el médico tratante, por lo cual no se accedió a la revocatoria de la sanción. Estima que ASMET SALUD está en imposibilidad jurídica de acatar el fallo y lo ordenado colocaría en riesgo la vida del paciente, cuando los médicos indicaron que no era candidato para ese procedimiento. En ese sentido coadyuva lo pedido por la Gerente Departamental de Risaralda.

Por parte del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira y del señor GILMER ALEXIS PARRA VÁSQUEZ, no existió pronunciamiento respecto de la presente acción.

4.- PRUEBAS

Se tuvieron en cuenta los documentos aportados por las partes

Igualmente y con ocasión de la información que la Sala le solicitó al médico oncólogo IVÁN MANUEL SIERRA, este refirió que el señor GILMAR ALEXIS PARRA VÁSQUEZ tiene diagnóstico de MACROADENOMA HIPOFISIARIO RECIDIVANTE, al que se le han practicado cinco cirugías, algunas de ellas descritas como fallidas por neurocirugía, el cual presenta un residuo tumoral en contacto con la vía óptica -derecho-, **y respecto del cual neurocirugía desestimó más manejo quirúrgico por alto riesgo e imposibilidad de resección completa**, y en efecto en junta médica interdisciplinar de junio 01 con intervención de Oncología Radioterápica, Neurocirugía y Oncología Médica, se determinó que el paciente, para el momento de la valoración no tenía indicación de cirugía por el **altísimo riesgo quirúrgico**, por ser una lesión irresecable con alto riesgo de deterioro visual residual.

5.- Para resolver, SE CONSIDERA

El Tribunal es competente para fallar este caso de conformidad con la facultad consagrada en la Constitución Política en su artículo 86 y en los Decretos 2591/91 y 1382 de 2000, modificado por el 1069 de 2015 y este a su vez por el 1983 de 2017 y el 333 de 2021.

**5.1.- Problema planteado**

Corresponde determinar a la Sala, si por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira (Rda.) se quebrantaron los derechos fundamentales que estima conculcadas la Gerente Departamental de ASMET SALUD EPS, **MARÍA CRISTINA CASAS PIEDRAHITA**.

**5.2.-** **Solución a la controversia**

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que: “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Se advierte entonces que la acción de tutela ha sido por excelencia el mecanismo más expedito en materia de protección de derechos fundamentales, gracias a ella el Estado Colombiano logró optimizarlos y hacerlos valer a todas las personas sin discriminación alguna.

En este evento se tiene que lo pretendido por la señora **MARÍA CRISTINA CASAS PIEDRAHITA** al concurrir ante el juez constitucional, es lograr el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, seguridad jurídica, acceso a la Administración de Justicia, igualdad, libre locomoción y buen nombre, y aunque no lo refirió, considera la Sala que igualmente el de la libertad, que se encuentra en riesgo de ser comprometida amén de la decisión sancionatoria que profirió en su contra el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de conocimiento de Pereira (Rda.) en septiembre 14 de 2022, y confirmada en sede de consulta por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esta misma capital en septiembre 21 de 2022, todo ello dentro del incidente de desacato que allí se tramitó bajo el radicado 2022-00156-01 en el cual se le impuso sanción a **CASAS PIEDRAHITA**, su condición de Gerente Departamental de ASMET SALUD PES; así como al Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS, como su Representante legal, consistente en quince (15) días de arresto y multa de diez (10) salarios mínimos legales mensuales. Determinación que tuvo sustento en el incumplimiento al fallo de tutela proferido en septiembre 01 de 2022, y confirmado en sede de segunda instancia en octubre 18 de 2022, a favor del señor GILMER ALEXIS PARRA VÁSQUEZ.

Como quiera que en la presente acción se atacan determinaciones adoptadas por autoridades judiciales, es indispensable estudiar de manera inicial lo relacionado con su viabilidad para establecer si hay o no lugar a realizar un análisis de fondo al caso concreto[[1]](#footnote-1).

Cuando se dirige la tutela contra providencias judiciales, se convierte en un mecanismo de protección excepcionalísimo y por ello su prosperidad va ligada al acatamiento de unos requisitos de procedibilidad que la jurisdicción constitucional ha acogido en fallos C-560 de 2005 y T-332 de 2006, entre otros.

De conformidad con la doctrina constitucional, los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales implican que la cuestión que se discuta: (i) sea de evidente relevancia constitucional; (ii) *se haya hecho uso de todos los medios de defensa judicial* -ordinarios y extraordinarios- a disposición del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable; (iii) se cumpla el requisito de la inmediatez. Así, la tutela debe haber sido interpuesta en un término razonable y proporcionado desde el momento de ocurrencia de la vulneración del derecho fundamental; (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, que ésta tenga un efecto decisivo en el fallo objeto de controversia y afecte los derechos fundamentales de la parte actora; y (v) que no se trate de sentencias de tutela.

De otra parte, los requisitos de carácter específico han sido reiterados en pacífica jurisprudencia a partir de la sentencia C-560/05, y pueden sintetizarse así: a) defecto orgánico, que se genera cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; b) defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; d) defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la providencia; f) error inducido, que se origina cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de un proveído que afecta derechos fundamentales; g) decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus providencias en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; y h) desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente el mismo. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental quebrantado; y i) violación directa de la Constitución.

Además, la jurisprudencia constitucional, en punto de la interposición de tutelas contra providencias judiciales, ha sido enfática en señalar su carácter excepcional y restrictivo:

“[…] **la necesidad de respetar el principio de cosa juzgada y de preservar la seguridad jurídica, la autonomía e independencia de la actividad jurisdiccional del Estado**, así como el sometimiento general de los conflictos a las competencias ordinarias de cada juez.

3.3. En ese sentido**, dada la naturaleza supletiva de la acción de tutela, la misma no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos en el ordenamiento jurídico para la defensa de los derechos de manera preferente, como quiera que, a través de su ejercicio, no se busca reemplazar los procedimientos ordinarios o especiales y, menos aún, pretermitir los mecanismos que dentro de estos se han establecido para controvertir las decisiones que se adopten**[[2]](#footnote-2).

3.4. Siguiendo esta línea interpretativa, el carácter excepcional y restrictivo al que se ha hecho expresa referencia, conduce necesariamente a afirmar que solo procederá la acción de tutela contra providencias judiciales,“en aquellos eventos en que se establezca una actuación del juzgador, manifiestamente contraria al orden jurídico y violatoria de derechos fundamentales, en especial, de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. En estos casos, el control en sede de amparo constitucional se justifica, toda vez que los pronunciamientos judiciales que no se ajustan a las reglas preestablecidas, y que afectan de forma indebida los derechos fundamentales, constituyen, en realidad, una desfiguración de la actividad judicial, que termina por deslegitimar la autoridad confiada al juez para administrar justicia, y que debe ser declarada constitucionalmente para dar primacía al derecho sustancial y salvaguardar los derechos fundamentales de los administrados”[[3]](#footnote-3)*.”* [[4]](#footnote-4)

La jurisprudencia constitucional es contundente al resaltar el carácter subsidiario y residual de la acción constitucional y que la misma solo es procedente de manera supletoria, esto es, cuando **no existan otros mecanismos de defensa judicial a los cuales se pueda acudir, o que pese a ello se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable**, como así lo refiere el canon 86 C.N. Precisamente, amén de la subsidiariedad que rige este trámite, ello implica que deben agotarse todos los medios ordinarios con los que se cuenten para procurar la protección de los derechos presuntamente quebrantados.

Tal situación comporta una carga legítima al actor de desplegar todos los mecanismos de impugnación que el sistema jurídico ha dispuesto para la defensa de sus derechos. En tal sentido, la acción de tutela no es un instrumento procesal alternativo, pues se correría el riesgo de vaciar de contenido las competencias de las distintas autoridades judiciales e implicaría un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de la jurisdicción constitucional, como así se indicó en la Sentencia T-649/16, donde igualmente se dijo:

“Esta posición fue recientemente reiterada en la **sentencia SU-298 de 2015**[[5]](#footnote-5), en la que este Tribunal afirmó que la naturaleza subsidiaria de la solicitud de amparo contra providencias judiciales exige la utilización de los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ofrece para tramitar la reclamación que se alega en sede de amparo. De esta manera, se evita que la acción de tutela vacíe las competencias de otras jurisdicciones. Sin embargo, se advirtió que ante la existencia de un perjuicio irremediable para el actor, el análisis del mencionado presupuesto puede flexibilizarse de acuerdo con el artículo 86 Superior.

En ese orden de ideas, la acción de tutela ejercida contra providencias judiciales no puede tenerse como un mecanismo alternativo, adicional o complementario al proceso que adelanta el funcionario judicial correspondiente, lo que significa que el juez de amparo no puede reemplazar en sus competencias y procedimientos a los operadores jurídicos ordinarios o especiales que conocen de los asuntos que las partes les someten a su consideración[[6]](#footnote-6). No obstante lo anterior, aunque no se hayan agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, la acción de tutela procederá siempre y cuando se acredite la existencia de un perjuicio irremediable o los recursos o medios a su alcance no resulten idóneos para proteger los derechos fundamentales afectados”.

Véase además, que la misma Corte Constitucional 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 circunstancias que comprometan derechos fundamentales, especialmente el derecho al debido proceso, de cualquiera de las personas que fueron parte en la tutela previamente resuelta. Al respecto en Sentencia T-014 de 2009, se plasmó lo siguiente:

“De otra parte, esta corporación ha reconocido la posibilidad de que, con ocasión de la aplicación de alguna de estas medidas que buscan garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, se generen situaciones que, a su turno, comprometan derechos de esa misma naturaleza, particularmente el derecho al debido proceso de cualquiera de las dos partes que como demandante y demandado participaron en el trámite de la ya resuelta acción de tutela.

Esta circunstancia puede afectar a quien inicialmente solicitó la protección tutelar, si la renuencia de quien fue demandado continúa impidiendo el efectivo disfrute del derecho fundamental cuya protección fue judicialmente ordenada, y el juez que conoce del incidente se niega, injustificadamente, a reconocer el desacato que se ha planteado. **Del otro lado, el demandado también puede ver lesionado su derecho al debido proceso, especialmente si se le sanciona sin que se reúnan los presupuestos de hecho necesarios para ello** (negrilla fuera de texto).

Por todo lo anterior, en varias oportunidades ha reconocido esta corporación que, excepcionalmente, es posible cuestionar, mediante el uso de la acción de tutela, la decisión del incidente de desacato que hubiere sido promovido por el actor de otra acción de tutela previamente tramitada, posibilidad que, según lo antes explicado, está abierta tanto a la persona que hubiere resultado sancionada al término de dicho incidente, como al demandante que solicitó la apertura de aquél (…).”

Al confrontar esos presupuestos de procedibilidad genérica y específica con lo expuesto en este caso, se advierte que la accionante cumplió con la carga argumentativa y probatoria que le correspondía para considerar la procedencia de la acción de tutela contra el incidente de desacato por medio del cual se le sanción, y el cual pretende, como así lo entiende a Sala, que sea dejado sin efectos.

Del estudio de la actuación que se arrimó a la Sala, debe decirse que no encuentra vulneración alguna en relación con el trámite tanto de la acción de tutela, como en el incidente de desacato que se surtió con posterioridad a la misma. Ello lo sostenemos, por cuanto inicialmente, y pese a ser enterados los servidores de ASMET SALUD EPS de la aludida acción, con miras a que se pronunciaran al respecto, se guardó silencio. Y en sede de desacato, pese a los requerimientos efectuados tanto a la Gerente Departamental, como a su Representante Legal, como así lo informó la juez accionada y se desprende del expediente digital, también guardaron mutismo absoluto, y por consiguiente una vez emitida la sanción y revisada en sede de consulta, allí fue confirmada, ante lo cual por parte de la funcionaria de primer nivel se dispuso hacer efectiva la orden de arresto y multa por ella dictada en contra de los involucrados.

Ahora bien, aunque como anexo de esta tutela, la señora **CASAS SANTAMARÍA** arrimó escrito de septiembre 07 de 2022, donde daba cuenta al Juzgado en sede del incidente, de las gestiones que había realizado para el cumplimiento del fallo, por cuanto ya había autorizado el procedimiento denominado “RADIOCIRUGÍA HIPOFRACCIONADA ROBÓTICA” para practicarse ante la E.S.E. Hospital Universitario del Valle Evaristo García, se desconoce si en efecto tal escrito fue en realidad enviado al Juzgado de primer nivel, en tanto en la decisión de fondo se plasmó que la entidad guardó silencio, y tampoco se aportó constancia de la trazabilidad de su envío.

No obstante, se sabe que con posterioridad a la emisión de la determinación sancionatoria, por escrito de **noviembre 01 de 2022**, la acá accionante solicitó al despacho de primer nivel la inaplicación de la sanción de arresto y multa impuesta, por cuanto en consulta que tuvo el paciente GILMER ALEXIS PARRA en octubre 21 de 2022, se le dijo que “[…] *POR CONCEPTO DE NEUROCIRUGÍA DR CIRO MEDELLÍN, NO ES MÁS CANDIDATO QUIRÚRGICO. DEBE RECIBIR TERAPIA PORQUE SE VA A COMPROMETER MÁS LA FUNCIÓN VISUAL. POR TANTO SE PROGRAMÓ PARA RADIOCIRUGÍA ESTEREOTÁCTICA, FRACCIONADA. ASISTE HOY PARA REALIZACIÓN DE CONSULTAS DE INICIO DE MANEJO RADIANTE. REVISAMOS DETALLADAMENTE LAS IMÁGENES DE LA TAC DE PLANEACIÓN FUSIONÁNDOSE CON LAS RESONANCIAS, APRECIANDO UN VOLUMEN A IRRADIAR GRANDE, POR LOS CUAL SE DECIDE REALIZAR RADIOTERAPIA VMAT CON POSICIONAMIENTO DE RADIOCIRUGÍA EN MACROADENOMA HIPOFISIARIO DD 200 CGYS, DT 5000 CGYS.” (…).*

Pese a ello quien para esa calenda obraba como Juez de Conocimiento, por auto de noviembre 18 de 2022, consideró como insuficiente lo argumentado, por cuanto lo ordenado no se limitó solo a un procedimiento, sino que igualmente se le amparó al actor el tratamiento integral, aunado a que el incidente de surtió a cabalidad y concluyó con la sanción impuesta, y si bien las anotaciones de los galenos tratantes dan cuenta que el paciente “no es más candidato para la cirugía inicial prescrita”, ello pone en evidencia que la dilación en el servicio representó un mayor compromiso en la salud del actor, y por ende no se accedió a lo pedido.

Frente a todo lo acotado, estima la Sala que la actora agotó el medio judicial de defensa que tenía ante la autoridad judicial demandada para que esta inaplicara la sanción impuesta en el incidente de desacato, lo cual resultó negativo, por lo que se advierte un inminente perjuicio irremediable si se llegare efectivizar la orden de arresto y multa emitida en su contra, razón por la cual la Sala entrará a analizar la situación problemática en su fondo.

Debemos empezar por decir, que la acción de tutela busca la protección de derechos fundamentales de los ciudadanos, y el funcionario judicial debe proceder a dictar las órdenes que considere pertinentes con miras a salvaguardarlos, en cuya aplicación hace uso de los mecanismo dispuestos en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, con miras a lograr que la orden judicial se efectivice, esto es, mediante la imposición de sanciones en caso de continuar con el incumplimiento del fallo constitucional.

La finalidad entonces del incidente no es sancionar por sancionar, sino buscar la observancia de lo decidido por el juez de tutela, como así lo ha tenido decantado el órgano de cierre al referir en la sentencia SU-034 de 2018 lo siguiente:

“Acerca de la *finalidad* que persigue el incidente de desacato, la postura que de vieja data ha acogido la Sala Plena de esta Corte y que se ha mantenido es que, si bien una de las consecuencias derivadas de este trámite incidental es la imposición de sanciones por la desobediencia frente a la sentencia, su auténtico propósito es lograr el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada[[7]](#footnote-7); de suerte que no se persigue reprender al renuente por el peso de la sanción en sí misma[[8]](#footnote-8), sino que ésta debe entenderse como una forma para inducir que aquel encauce su conducta hacia el cumplimiento, a través de una medida de reconvención cuya objetivo no es otro que auspiciar la eficacia de la acción impetrada y, con ella, la reivindicación de los derechos quebrantados[[9]](#footnote-9).

De igual manera en dicho fallo se sostuvo:

“Puede así presentarse una situación en la cual se evidencia la falta de ejecución de la orden de tutela sin que la subsistencia de la amenaza o vulneración pueda enrostrársele al accionado, caso en el cual el juez constitucional –que mantiene su competencia hasta que los derechos amparados sean restablecidos– deberá recurrir a otros métodos que propicien el cumplimiento efectivo sin que haya lugar amonestar al extremo pasivo. En esa dirección, esta Corte ha subrayado: “‘todo desacato implica incumplimiento, pero no todo incumplimiento conlleva a un desacato’ ya que puede ocurrir que el juez de tutela constate, de forma objetiva, la falta de acatamiento de la sentencia de tutela pero ello no se deba a la negligencia del obligado -responsabilidad subjetiva-. En este caso, no habría lugar a la imposición de las sanciones previstas para el desacato sino a la adopción de ‘todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento’ del fallo de tutela mediante un trámite de cumplimiento.”[[10]](#footnote-10)

Lo anterior comporta asegurar, que en el incidente de desacato el compromiso que da lugar a que se imponga la sanción ante el no acatamiento de un fallo de tutela es de carácter **subjetivo**, y por ende es determinante individualizar a quienes tengan la capacidad jurídica y funcional para acatar la orden judicial. Y si bien, como ya se indicó, la finalidad de dicho incidente no es más que la de hacer cumplir la sentencia constitucional, su ejecución queda totalmente desnaturalizada frente a aquella persona que carece de posibilidad alguna, así sea su deseo, de acatar lo dispuesto por el funcionario judicial.

Pues bien, reitera la Sala que en el curso del trámite constitucional y mucho menos en el incidente de desacato con tal, se vulneraron derechos fundamentales a la actora; sin embargo, sí existió una circunstancia con posterioridad a ello, que no fue debidamente analizada en principio por quien fungía como encargado del Juzgado Segundo Penal Municipal, y que se sabe, ha sido mantenida por su titular, amén de la postura esgrimida al dar respuesta a la presente acción, cuando en sentir de la Sala la situación ameritaba una determinación diferente a efectos de evitar exigir obstinadamente el cumplimiento de una orden de atención en salud dada en el fallo de tutela, pero que actualmente los médicos tratantes cambiaron radicalmente por otra, aduciendo razones de alto riesgo en la salud del paciente, que por lo que se conoce ya fue cumplida.

En efecto, se dispuso por el juez de tutela que por parte de ASMET SALUD EPS, se materializara, sin dilación alguna la RADIOCIRUGÍA INTRACRANEAL DE FUENTE ÚNICA DE FOTONES (PLANEACIÓN COMPUTARIZADA Y SIMULACIÓN VIRTUAL) o también llamada RADIOCIRUGÍA HIPOFRACCIONADA ROBÓTICA, en una IPS que tuviera disponibilidad para ello en las ciudades de Medellín, Cali o Bogotá, pero dicho procedimiento finalmente no se le pudo realizar al señor GILMER ALEXIS PARRA, habida cuenta que por su estado de salud, como así lo indicaron los galenos tratantes generaba altísimos riesgos para su condición visual.

Y es que la Sala con miras a corroborar tal circunstancia, dispuso oficiar al oncólogo tratante, Dr. IVÁN MANUEL SIERRA ARRIETA, quien corroboró que de conformidad con lo acordado por la Junta Médica Disciplinar, el señor GILMAR ALEXIS PARRA “no tenía indicación de cirugía por el altísimo riesgo quirúrgico por múltiples intervenciones previas, por ser una lesión irresecable con alto riesgo de deterioro visual residual”, situación que en efecto fue confirmada por el Neurocirujano de apellido CIRO de la ciudad de Medellín, y por consiguiente se determinó que el paciente debía recibir Radioterapia, por lo cual se programó para “RADIOCIRUGÍA ESTEREOTÁCTICA FRACCIONADA”, y al dar inició a las 25 sesiones que le fueron ordenadas, se detectó que dado el volumen a irradiar, se decidió realizar una “RADIOTERAPIA VMAT CON POSICIONAMIENTO DE RADIOCIRUGÍA EN MACROADENOMA HIPOFISIARIO DD 200 CGYS, DT 5000 CGYS”, mismas que como así lo informó a este despacho el señor ALEXIS PARRA, **le fueron realizadas en su integridad, según constancia que obra en el dossier.**

De conformidad con lo planteado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU034 de 2018, al momento de estudiar el incidente de desacato, se debe tener en cuenta, entre los factores objetivos la imposibilidad fáctica o jurídica de cumplimiento, así como el contexto que rodeó la ejecución de la orden impartida.

En este caso en particular, se tiene que si bien la funcionaria de primer nivel, amparó el derecho fundamental a la salud del señor GILMAR ALEXIS PARRA, vulnerado en su momento por ASMET SALUD EPS, quien no atendió con prontitud las órdenes para que al mismo se le realizara la “RADIOCIRUGÍA FRACCIONADA ROBÓTICA”, lo que tampoco cumplió en sede del incidente de desacato, no podía haber sido otra decisión diferente a la adoptada, por cuanto la entidad no dio explicaciones acerca de los motivos que la llevaron a demorar el cumplimiento del aludido fallo.

Pero no obstante tal mora, lo que se sabe es que con posterioridad a encontrarse ya en firme la decisión sancionatoria, la entidad sí dio cuenta de las novísimas circunstancias presentadas y que por consiguiente daban un vuelco a lo que fue materia de protección constitucional. Nos referimos al hecho de que los neurocirujanos tratantes, consideraron que el señor ALEXIS PARRA **no podía más ser candidato a tal cirugía dado el altísimo riesgo para su salud visual.**

Si ello es así, como en efecto lo fue, lo que incluso conoce el señor ALEXIS PARRA como se plasmó en la constancia mencionada, no le era posible a ASMET SALUD atender o dar cumplimiento al fallo constitucional, donde se le ordenaba que dispusiera lo pertinente para la materialización de la mencionada cirugía, en tanto ella, como viene de verse, ya no era posible dadas las condiciones médicas del actor, ante lo cual se varió por una serie de radioterapias que ya le fueron realizadas en su integridad, como también lo confirmó dicho paciente a esta Corporación.

Ahora bien, el que el despacho haya ordenado, en curso de la aludida acción de tutela el tratamiento integral para la patología que padece y que fuera diagnosticada como “Macroadenoma Hipofisiario con compromiso agudo de función visual, Ehler Danlos, Hemoptisis Secundario”, ello *per se*, no era suficiente para considerar que la sanción debiera mantenerse incólume, en tanto, en caso de que por parte de ASMET SALUD EPS se incurra en la omisión para la prestación de algún servicio médico que necesita el señor PARRA VÁSQUEZ, derivado de la enfermedad que presenta, el mismo bien podrá a motu proprio, como lo ha hecho, o por intermedio de un tercero de estar imposibilitado para hacerlo, acudir al incidente de desacato para que se procure la atención que requiera.

La situación aludida, obliga a pregonar que con las decisiones emitidas por las funcionarias accionadas se vulneró el debido proceso que le asistía a la señora **MARÍA CRISTINA CASAS PIEDRAHITA**, y de contera al señor GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS, como Gerente Departamental y Representante Legal de ASMET SALUD EPS, respectivamente, en tanto los mismos carecían de la posibilidad física y jurídica de dar observancia al fallo de tutela proferido en favor del señor GILMER ALEXIS PARRA, ante la renuncia de los galenos tratantes de proceder a realizar la cirugía que fuera ordenada, máxime que, como igualmente lo tiene decantado la jurisprudencia constitucional, son los médicos las personas idóneas para determinar cuál es el procedimiento a seguir, y sobre ese particular se ha dicho:

“En efecto, se ha establecido de manera reiterada por parte de este Tribunal Constitucional que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Por lo cual no están llamados a decidir sobre la idoneidad de los mismos. Se ha afirmado pues, que [l]*a actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento.*[[11]](#footnote-11) Por ello, la condición esencial *para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico (…)* [es] *que este haya sido ordenado por el médico tratante.* [[12]](#footnote-12)*”*[[13]](#footnote-13)

En ese orden, en sentir de la Corporación, de mantenerse vigente la sanción de arresto y multa impuesta contra la acá accionante y de contera contra quien funge como el Representante Legal de ASMET SALUD EPS, como así lo ha estado, vulnera su derecho fundamental al debido proceso y en especial al de la libertad.

Como consecuencia de ello, la Sala amparará tales derechos fundamentales y por consiguiente ordenara dejar sin efectos el auto el auto de septiembre 14 de 2022, por medio del cual el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Pereira, sancionó con arresto y multa a la señora MARÍA CRISTINA CASAS PIEDRAHITA, Gerente Departamental de ASMET SALUD EPS, y de contera tal determinación debe hacerse extensiva a quien funge como Representante Legal, Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS, quien igualmente fue cobijado con tal decisión. Similar medida se adoptará con respecto al auto de septiembre 21 de 2022, donde el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esta capital confirmó, en sede de consulta, el proveído emitido en el referido incidente de desacato.

Como consecuencia de lo anterior, se ordena a la Juez Segunda Penal Municipal de Pereira, que una vez notificada de la presente determinación y de MANERA INMEDIATA, proceda a enviar los oficios a las mismas autoridades a las que comunicó la orden de arresto y multa impuesta contra las personas mencionadas.

6.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

FALLA

**PRIMERO: SE TUTELAN** los derechos fundamentales al debido proceso y libertad que le asiste a la señora **MARÍA CRISTINA CASAS PIEDRAHITA**, determinación que igualmente se hace extensiva al señor **GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS**, conforme lo plasmado en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **SE ORDENA DEJAR SIN EFECTOS**, tanto el auto de septiembre 14 de 2022, proferido por el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de conocimiento de Pereira (Rda.) dentro del incidente de desacato, radicado al Nº 2022-00156 que se adelantó con ocasión del incumplimiento del fallo de tutela dictado a favor del ciudadano GILMER ALEXIS PARRA VÁSQUEZ, como del auto que en sede de consulta emitió en septiembre 21 de 2022 el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esa misma capital.

**TERCERO:** Se ordena así mismo al Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira, que una vez notificada esta determinación y de **MANERA INMEDIATA**, proceda a comunicar a iguales autoridades a las que informó sobre la sanción de arresto y multa proferida contra los señores **CASAS PIEDRAHITA** y **AGUILAR VIVAS**, la determinación acá adoptada, para que también cesen sus efectos.

**CUARTO:** Si el fallo no fuere impugnado, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ARTURO PAZ ZÚÑIGA**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

1. Sobre el particular ver entre otras: Sentencias T-698 de 2004, T-315 de 2005, T-825 de 2007. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consultar, entre otras, las Sentencias T-500 de 1995 y T-285 de 2010. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencias T-271 de 2013 y T-047 de 2014. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencias T-582 de 2016. [↑](#footnote-ref-4)
5. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencias SU-026 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; SU-424 de 2012 Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, reiteradas en sentencia T-103 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencias C-092 de 1997, M.P.: Carlos Gaviria Diaz y C-367 de 2014, M.P: Mauricio González Cuervo [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencias T-421 de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, T-368 de 2005, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, T-1113 de 2005, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, T-171 de 2009, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto, T-652 de 2010, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, T-512 de 2011, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, T-074 de 2012, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-280A de 2012, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-482 de 2013, M.P.: Alberto Rojas Ríos, C-367 de 2014, M.P.: Mauricio González Cuervo, [↑](#footnote-ref-8)
9. Sobre la naturaleza de la sanción por desacato se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-092 de 1997, M.P.: Carlos Gaviria Diaz [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia T-606 de 2011, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto [↑](#footnote-ref-10)
11. T-569 de 2005. Cr. también entre otras, las sentencias T-059 de 1999, T-1325 de 2001, T-398 de 2004 y T-412 de 2004*.* [↑](#footnote-ref-11)
12. T-569 de 2005. [↑](#footnote-ref-12)
13. T-651 de 2014. [↑](#footnote-ref-13)