

Medellín, 2 de diciembre de 2020

Señor Magistrado
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN – SALA PENAL (REPARTO)

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA CON SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL.
ACCIONANTE: SONIA PATRICIA CALDERÓN LYONS CC. 52034850
AFECTADO: FERNANDO ADOLFO ECHAVARRÍA DÍEZ CC. 70103482
ACCIONADO: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO - DENTRO DE LA ACCION DE TUTELA PRESENTADA POR LA SEÑORA BLANCA NELLY BUITRAGO MARÍN.

SONIA PATRICIA CALDERÓN LYONS, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía 52034850 expedida en Bogotá y tarjeta de profesional 78226 del Consejo Superior de la Judicatura actuando como apoderada de **FERNANDO ADOLFO ECHAVARRÍA DÍEZ**, mayor de edad domiciliado y residente de Medellín, identificado con cédula de ciudadanía 70103482 expedida en Medellín, Gerente Regional de Nor Occidente de NUEVA EPS S.A ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, identificada con el NIT No. 900.156.264-2, acudo muy respetuosamente ante esta HONORABLE COLEGIATURA, con el fin de instaurar ACCION DE TUTELA en contra del despacho señalado en la referencia, teniendo en cuenta los argumentos que a continuación se exponen:

I. MEDIDA PROVISIONAL:

En ejercicio de la alternativa prevista en el art. 7º del Decreto 2591 de 1991, solicito comedidamente que de antemano se suspenda el cumplimiento de la sanción privativa de la libertad impuesta por el **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO** dentro del trámite de tutela Radicado 2014-00292, confirmada por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN - SALA PENAL**.

Para el efecto, ruego considerar la necesidad y urgencia que deriva de la inminente afectación del derecho a la libertad que representa la sanción, y el hecho de que al dejar abierta la posibilidad de que se haga efectiva, antes de que se decida de fondo el presente asunto, se estaría corriendo el riesgo de generar un perjuicio irremediable para el afectado, tornando inane una eventual decisión favorable.

Téngase en cuenta que, de acuerdo con el criterio de la Corte Constitucional, para conceder la medida provisional de que trata el art. 7 del Decreto 2591 de 1991, debe verificarse el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que la medida resulte necesaria para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en una violación.
2. Que habiéndose constatado la existencia de una violación, estas sean necesarias para precaver que la violación se torne más gravosa.¹

Por tal virtud, se puede considerar en términos generales, que las medidas provisionales se dirigen a la protección del derecho del accionante, mediante la suspensión del acto específico de autoridad pública, administrativa o judicial - o particular, en determinados casos -, que amenace o vulnere sus derechos.

Bajo tales predicados, tenemos que, en el caso concreto, la medida provisional encaminada a la suspensión del cumplimiento de la sanción de arresto que fuera impuesta al afectado, se adecúa al primero de los supuestos planteados por la Corte, **ya que se dirige a precaver la inminente afectación del derecho fundamental a la libertad individual, como resultado de un trámite que constituye una vía de hecho, entre otras razones, por la manifiesta indebida valoración probatoria y al desconocer que la finalidad del incidente de desacato no es la sanción, sino el cumplimiento de la orden impartida por un Despacho Judicial.**

La Corte Constitucional en la Sentencia T-421 del 2003, citada a su vez en la Sentencia T-368 del 2005, señaló entre otras cosas:

¹ (Ver entre otros, los autos A-040A de 2001 MP: Eduardo Montealegre Lynett; A-049 de 1995 MP: Carlos Gaviria Díaz; A-041A de 1995 MP: Alejandro Martínez Caballero, y; A-031 de 1995 MP: Carlos Gaviria Díaz).

"De esta manera, además de velar por la observancia de la sentencia de tutela (artículos 23 y 27 del Decreto 2591 de 1991), el juez puede tramitar un incidente de desacato y persuadir al obligado para que obedezca la orden dada, cuya finalidad "no es la imposición de la sanción en sí misma, sino la sanción como una de las forma de búsqueda del cumplimiento de la sentencia" (artículos 27, 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991). Son dos atribuciones distintas que a pesar de su estrecha relación no pueden confundirse, como lo ha explicado esta Corporación en los siguientes términos:" (Subrayas fuera de texto).

Ahora bien, atendiendo el hecho de que una sanción por desacato conlleva medida restrictiva de la libertad, ejecutar estas medidas a sabiendas que la entidad incidentada ha cumplido el fallo de la tutela, no lleva a la reivindicación del derecho constitucional vulnerado, porque este ya fue satisfecho, si no que, por el contrario, entran en pugna dos derechos de índole constitucional que al ser ponderados: sanción de arresto por desacato-derecho fundamental a la libertad, se tiene que amparar este último puesto que, tal y como lo ha decantado la H. Corte Suprema de Justicia al unísono con la H. Corte Constitucional, el Derecho a la libertad es la regla general y la privación de la misma es la excepción.

Y en este caso, al haberse cumplido el fallo de la tutela, finalidad intrínseca del incidente de desacato, no existe justificación para que se limite el derecho a la libertad, lo que comportaría una intervención del Estado en los derechos fundamentales de las personas, entre estos el de la libertad y el buen nombre, como lo definió la Corte Constitucional; y deben seguirse los lineamientos jurisprudenciales de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, que no se observan en este momento.

Los argumentos expuestos, ameritaban valoración del Tribunal en consulta, quien por virtud de lo establecido en el inciso final del art. 27 del Decreto. 2591 de 1991, conservaba la competencia para ello, como reiteradamente lo han expresado las altas Cortes², y en último caso ameritaba valoración del Despacho de origen para decidir la solicitud de inaplicación.

Adicionalmente se configura la segunda hipótesis para deprecar la medida provisional, a fin de evitar que un eventual fallo favorable devenga en ilusorio, ya que **es evidente que, si la sanción privativa de la libertad se hace efectiva antes de que se decida el presente asunto, una posible sentencia que disponga el amparo de los derechos fundamentales invocados, resultaría inocua.**

II. HECHOS:

1. El día 31 de julio de 2014, el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO profiere fallo de tutela que ampara los derechos fundamentales de la usuaria BLANCA NELLY BUITRAGO MARÍN, y donde se ordenó a NUEVA EPS garantizar el tratamiento integral de la misma, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, como se prueba a continuación:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la vida, la salud y seguridad social, invocados por la señora BLANCA NELLY BUITRAGO MARÍN, en contra de la NUEVA EPS, por las razones expuestas en la motivación de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA EPS, en cabeza de su representante legal, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de este fallo, proceda a autorizar la cirugía de INJERTO DE PIEL TOTAL LIBRE EN EL ÁREA ESPECIAL COLGAJO COMPUESTO A DISTANCIA EN LA CLINICA VIDA, tal y como lo solicita el oncólogo tratante, igualmente le brindará la atención integral en salud respecto a su patología y conforme al facultativo médico, asumiendo la NUEVA EPS, el costo de los Copagos o cuotas moderadoras.

Por lo anterior, la afiliada presentó ante ese Despacho solicitud de apertura de incidente de desacato al considerar que Nueva EPS no había dado cumplimiento a lo ordenado por este despacho dentro de la acción de tutela de la referencia, solicitando servicio de CONSULTA DE DERMATOLOGÍA ONCOLÓGICA. Desacato que fue notificado a esta entidad el 5 de marzo de 2020.

² Ver entre otras, la sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 31 de julio de 2012, con ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco Exp. T. No. 11001-02-03-000-2012-01552-00, y la sentencia de la misma sala, de fecha 24 de octubre de 2012, con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez dentro del expediente No. 76001-22-03-000-2012-00403-01.

2. Teniendo en cuenta lo expuesto, el pasado 17 de marzo de 2020 notifican sanción en contra del afectado, en calidad de Gerente Regional de Nueva EPS, consistente en un (01) día de arresto y multa de quince (15) SMLMV por presunto incumplimiento al fallo de tutela proferido por el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO, donde el superior jerárquico, TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SALA PENAL, en sede de consulta, confirmó la sanción el 28 de mayo de 2020:

PRIMERO: CONFIRMAR LA SANCIÓN proferida mediante auto del 12 de marzo de 2020 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, Antioquia, en el cual se sanciona con un (1) día de arresto domiciliario y multa equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, al doctor FERNANDO ADOLFO ECHAVARRÍA DIEZ en calidad de Representante Legal de la Nueva EPS, por lo expuesto en la parte motiva.

3. Por lo anterior y teniendo en cuenta que Nueva EPS ya había programado la consulta de dermatología oncológica para el 17 de julio de 2020, se procedió a solicitar la inaplicación ante el despacho el 24 de julio de 2020 con la debida historia clínica donde se demostraba el cumplimiento, sin embargo, el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO, en lugar de decretar la inaplicación de la sanción, decidió por auto del 27 de julio de 2020 negarla con el siguiente argumento:

"... el Despacho no tiene certeza sobre la ejecución del arresto y de la multa, lo que resultaría una orden ya agotada y por lo tanto inmodificable..."

Observese que el argumento de "falta de certeza sobre la ejecución del arresto y de la multa", se aleja de la misión y del deber de juzgador en derecho, que no es más que obrar y juzgar respetando la verdad y dando a cada uno lo que corresponda. El criterio de negación de la inaplicación es falta de certeza... es decir solo una duda, que dentro de este, que recordemos es un proceso de carácter administrativo, ha sido atendido con más indulgencia, que en uno más estricto como es el penal donde toda duda siempre se resuelve a favor del reo. Afirmación que se sustenta en el proceder del despacho que ni siquiera procura disipar su propia duda, lo cual se considera que era fácil de validar con una simple llamada o correo a la Policía Nacional, y no limitarse a poner en tela de juicio la buena fe del escrito petitorio de inaplicación, que es cierta, sino que por el contrario se limita a asustentar la negación al derecho a la libertad con su falta de certeza, sin tener en cuenta lo lógico y razonable de entender que si se está solicitando esta inaplicación demostrando el cumplimiento el fallo es por que obviamente, NO se ha materializado la sanción.

Su señoría, se reitera, se presentó la solicitud de inaplicación de la sanción en el momento procesal oportuno y se reunían los presupuestos constitucionales para que el Despacho concediera esta petición, máxime si se tiene en cuenta que, se parte de la buena fe de que, si se está solicitando la inaplicación de la sanción al juzgado es porque la misma no se ha materializado, sin embargo, la jueza se negó a acceder a la petición, tal y como quedó demostrado.

4. Al día de hoy, y pese a demostrar el cumplimiento del fallo de la tutela, en el caso en concreto, la orden de arresto está vigente, y se coarta el derecho de locomoción, que debiera estar garantizado con la solicitud de INAPLICACION que se solicitó al JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO y que al día de hoy se ve reflejada en la base de datos de la Policía Nacional, situación que pone en riesgo mi libertad.
5. Con la anterior decisión, reitero, se ven afectados el DERECHO A LA LIBERTAD, a la LIBRE LOCOMOCION por parte del JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO del poderdante, debido a que el Juzgado en mención NEGÓ LA INAPLICACIÓN de la orden de arresto, cuando ya la pretensión de garantizar el servicio de dermatología oncológica se encontraba satisfecha.

Ha de subrayarse, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el incidente de desacato no tiene como finalidad la imposición de una sanción, pues el juez no se debe alejar de lo que sustancialmente interesa, que es que la orden de proteger los derechos fundamentales de la accionante, que como se demuestra en este caso, se han adelantado los trámites y gestiones necesarias para dar cabal cumplimiento al fallo de tutela proferido por ese Despacho.

Es menester indicar, que el criterio respecto a la procedencia de la inaplicación de la sanción impuesta ha sido unificado por las altas cortes, y en el evento en el que el sancionado demuestre el cabal cumplimiento al fallo de tutela, se deberá aplicar lo definido por la H. Corte Constitucional en el Auto 202 del 13 de septiembre de 2013, en la cual se indica que "en el supuesto en que se haya adelantado todo el procedimiento y decidido

sancionar al responsable, éste podrá evitar que se materialice la multa o el arresto, cumpliendo el fallo que lo obliga a proteger los derechos fundamentales del actor. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones que ya se hubieren ejecutado”

Así mismo, nos permitimos citar el **Auto 096 de 2017, del 28 de febrero de 2017**, establecido por la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional, donde se define:

"En el supuesto en que el juez haya adelantado todo el procedimiento incidental y decidido sancionar por desacato al responsable, éste podrá evitar que se materialice la multa o el arresto cumpliendo el fallo que lo obliga a proteger los derechos fundamentales del actor. De este modo, si se verifica el cumplimiento del fallo luego de consultada y confirmada la sanción, el juez de primera o única instancia deberá declarar inmediatamente el cumplimiento de la sentencia y revocar o dejar sin efecto la sanción impuesta y las actuaciones que dependan de ella, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte y la competencia asignada por el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 que dispone que este "mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza". Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones que ya se hubieren ejecutado."

III. REQUISITOS GENÉRICOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

La viabilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales se justifica por la necesidad de lograr que la decisión atacada se adecue a unos parámetros jurídicamente legítimos y válidos. En estos eventos, para que la misma prospere, es necesario que cumpla con unos requisitos de procedibilidad, los cuales deben satisfacerse inexorablemente a efectos de que alcance de manera eficaz la finalidad para la cual fue creada, de acuerdo a la **Sentencia SU116/18**, estos criterios, son los siguientes:

"24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

*a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente **relevancia constitucional**. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.*

*b. Que se hayan **agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada**, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.*

*c. Que se cumpla el requisito de la **inmediatez**, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.*

*d. Cuando se trate de una **irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora**. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.*

*e. Que la parte actora **identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados** y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.*

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas". (Resaltado fuera de texto).

IV. PROCEDENCIA DE ESTE MECANISMO CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES PROFERIDAS DENTRO DEL INCIDENTE DE DESACATO:

Si bien en principio no tendría cabida la posibilidad de instaurar una acción de tutela contra ninguna providencia judicial, debido a que, en condiciones normales, todo pronunciamiento judicial está sometido al ejercicio de los medios de impugnación previstos en el ordenamiento jurídico, el artículo 86 de la Carta Fundamental contempla la hipótesis de que las autoridades públicas, entre ellas, las que integran la rama judicial, pudieran causar atentado o vulneración a los derechos fundamentales de las personas y por ello, permitió que en éstos casos, el afectado pueda ejercer la acción de tutela contra la correspondiente decisión.

En ese contexto, precisó la alta H. Corte Constitucional, a través de la sentencia T-684 de 2004, con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas, que el mecanismo de amparo se puede abrir paso incluso frente a las determinaciones adoptadas en el marco del incidente de desacato, y para el efecto, hizo el siguiente planteamiento:

"La acción de tutela procede excepcionalmente contra las decisiones tomadas en el curso de un incidente de desacato, si puede verificarse la existencia de una vía de hecho. Lo anterior, por cuanto es claro que por medio del incidente de desacato, las autoridades judiciales toman decisiones que pueden vulnerar los mandatos superiores." (Negrillas fuera de texto)

En igual sentido se pronunció la alta Corporación en la sentencia T-421 de 2003, cuando dijo:

"Al ser el incidente de desacato una providencia judicial en la cual se debe respetar el debido proceso, también procede contra éste la tutela cuando se evidencie la existencia de una vía de hecho. Esta Corporación ha señalado que la vía de hecho, no corresponde a una simple irregularidad procesal, sino que debe reunir en términos generales las siguientes características: 1) Que se esté ante derechos fundamentales cuya violación sea grave e inminente; 2) Debe surgir como una actuación abiertamente contraria al ordenamiento jurídico; y 3) Que se manifieste como una actuación caprichosa y arbitraria por parte del juez de conocimiento" (Negrillas fuera de texto)

Dicha posición fue reiterada posteriormente por la Corte Constitucional a través de la sentencia T-652 de 2010 del M.P. Jorge Iván Palacios, en los términos que a continuación se reproducen:

"De acuerdo a la jurisprudencia constitucional vigente, la acción de tutela es procedente de manera excepcional frente a las decisiones proferidas en el trámite del incidente de desacato, siempre que se cumpla con los siguientes presupuestos: se demuestre la existencia de una de las causales de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales y que el trámite del incidente haya finalizado con decisión debidamente ejecutoriada. A su vez, esta Corporación ha señalado que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, exige que esté plenamente probado dentro del proceso, la existencia de por lo menos alguna de las causales especiales de procedibilidad, las cuales han sido identificadas como posibles vicios o defectos que al estar presentes en la decisión judicial, permiten que el juez constitucional revise el fallo cuestionado." (Negrillas propias)

En ese orden de ideas, la procedencia de la acción de tutela se da en este caso, en la medida en que la decisión adoptada por los Despachos accionados, además, de configurar una vía de hecho por las razones que pasaran a exponerse, constituye una amenaza para sus derechos fundamentales a la libertad individual y el debido proceso, sin que cuente con otro medio de protección, idóneo y eficaz.

V. DEFECTOS DE LAS DECISIONES JUDICIALES QUE CONFIGURAN UNA VIA DE HECHO:

La Corte Constitucional ha decantado la noción de vía de hecho, señalando que, para el efecto, el accionante debe demostrar la ocurrencia de al menos una de las causales especiales de procedibilidad o vicios en que pudo incurrir la autoridad judicial al proferir la decisión atacada.

Tales condiciones de procedibilidad que fueron recogidas de forma sistemática e ilustrativa en la sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño, son las siguientes:

"a. Defecto orgánico, que se presenta 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 inconstitucionales³ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión 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 decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

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 dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado⁴.

i. Violación directa de la Constitución." (Subrayado por fuera de texto)

VI. FUNDAMENTOS:

En este punto ruego a los Honorables Magistrados, más allá del debate generado en este escenario que se encamina a demostrar la existencia de vicios constitutivos de una vía de hecho, solicito comedidamente se tenga en cuenta que Nueva EPS, ha desplegado todas las acciones pertinentes tendientes a garantizar el derecho que le asiste a la señora BLANCA NELLY BUITRAGO MARÍN, respecto autorizar el tratamiento integral para tratar su patología, por parte de Nueva EPS.

Todo lo expuesto, configura los siguientes vicios constitutivos de una vía de hecho:

A. FALTA DE MOTIVACIÓN DEL AUTO QUE DECIDIÓ SOLICITUD DE INAPLICACIÓN.

Concordante con lo antes expuesto, obsérvese H. Magistrados que en el auto fechado 27 de julio de 2020 y proferido por el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO, carece de una motivación que justifique jurídicamente la negativa en la inaplicación de la sanción, toda vez que no se emitió pronunciamiento sobre los argumentos esbozados en el memorial radicado para motivar la inaplicación de la sanción y sólo se limitó a indicar que al no tener certeza de su ejecución, la misma era inmodificable, sin tener en cuenta el cumplimiento al fallo de la tutela puesto en su conocimiento:

**JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BELLO**

Bello, Antioquia, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020).

Accionante	BLANCA NELLY BUITRAGO MARÍN
Accionada	NUEVA EPS
Radicado	05-088-31-04-002-2014-00292-00
Asunto	NO ACCEDE A SOLICITUD DE INAPLICACIÓN

En atención a la constancia que antecede no es procedente la solicitud de la parte, en vista de que la sanción por desacato interpuesta en contra de la NUEVA EPS dentro del trámite de la referencia, se halla en firme desde el veintiocho (28) de mayo de dos mil veinte (2020), y agotados sus fines de ejecutoria con la remisión de la orden de captura y el oficio para la ejecución ante las autoridades competentes, desde el primero (01) de junio de dos mil veinte (2020), máxime que el Despacho no tiene certeza sobre la ejecución del arresto y de la multa, lo que representaría una orden ya agotada y por lo tanto inmodificable.

B. VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION POR UTILIZACION DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA SIN PRUEBA DE DOLO O CULPA

Constituye un deber ineludible del juez durante el incidente de desacato, verificar si efectivamente existió incumplimiento parcial o integral de la orden proferida en la sentencia de tutela, con lo cual, una vez precisada la anterior situación tiene la obligación de indagar cuáles fueron las razones por las que el accionado no cumplió con la decisión tomada dentro del proceso; lo anterior con miras a establecer cuáles son las medidas necesarias para proteger efectivamente los derechos fundamentales invocados.

Así mismo, el juez de tutela al tramitar el respectivo incidente, tiene el deber constitucional de indagar por la presencia de elementos que van dirigidos a demostrar la responsabilidad subjetiva de quien incurre en desacato, **por tanto, dentro del proceso debe aparecer plenamente probada la negligencia de la persona que desconoció el fallo, lo cual conlleva a que no pueda presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento.**

En tal contexto, ha dicho la Honorable Corte Constitucional:

"Es el desacato un ejercicio del poder disciplinario y por lo mismo la responsabilidad de quien incurra en aquel es una responsabilidad subjetiva. Es decir que debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento." (T-763 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero) (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con ello, el juzgador tiene la obligación de determinar a partir de la verificación de la existencia de responsabilidad subjetiva del accionado, cuál debe ser la sanción adecuada – proporcionada y razonable – a los hechos. (Ver Sent. T- 1113 de 2005). A partir de los referidos postulados, la alta Corporación en la sentencia T-171 de 2009, concluyó:

"De acuerdo con las anteriores consideraciones se tiene que, al ser el desacato un mecanismo de coerción que surge en virtud de las facultades disciplinaria de los jueces a partir de las cuales pueden imponer sanciones consistentes en multas o arresto, éstas tienen que seguir los principios del derecho sancionador. En este orden de ideas, siempre será necesario demostrar que el incumplimiento de la orden fue producto de la existencia de responsabilidad subjetiva por parte del accionado, es decir, debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, quedando eliminada la presunción de la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento.

En este punto cabe recordar que, la mera adecuación de la conducta del accionado con base en la simple y elemental relación de causalidad material conlleva a la utilización del concepto de responsabilidad objetiva, la cual está prohibida por la Constitución y la Ley en materia sancionatoria. Esto quiere decir que entre el comportamiento del demandado y el resultado siempre debe mediar un nexo causal sustentado en la culpa o el dolo." (Negrillas propias)

Ahora bien, ruego a su señoría tener en cuenta que NUEVA EPS, ha dado cumplimiento a cabalidad a lo ordenado por el fallo de tutela, toda vez que se ha garantizado de manera efectiva el servicio de dermatología oncológica, siendo lo requerido por nuestra usuaria y prueba de ello es los memoriales que aportamos al

JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO, quien no tuvo en cuenta –reitero- los argumentos y pruebas presentados y por el contrario, decide continuar con la ejecución de la sanción en contra del sancionado, por el solo hecho de estar confirmada y de no tener certeza de su materialización, sin mayor análisis y sin tener en cuenta que se trata del Derecho a la libertad de locomoción, librando los respectivos oficios de la orden de arresto a las entidades competentes.

Al respecto es importante realizar las siguientes precisiones:

D. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

El incidente de desacato es un trámite judicial reglamentado dentro del cual se debe respetar el debido proceso, aplicando los preceptos que lo rigen, dando curso a los pasos esenciales que lo integran e integrando el contradictorio, con todas las personas que tuviesen legitimación activa y pasiva, según el caso.

Dicho incidente participa de la naturaleza de los procedimientos judiciales, aunque la acción tutela sea básicamente informal, al punto que inclusive es factible incurrir en vías de hecho cuando se desconoce su esencia, como lo ha declarado la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia de tutela T-421 de 2003.

“Al ser el incidente de desacato una providencia judicial en la cual se debe respetar el debido proceso, también procede contra éste la tutela cuando se evidencie la existencia de una vía de hecho. Esta Corporación ha señalado que la vía de hecho, no corresponde a una simple irregularidad procesal, sino que debe reunir en términos generales las siguientes características: 1) Que se esté ante derechos fundamentales cuya violación sea grave e inminente; 2) Debe surgir como una actuación abiertamente contraria al ordenamiento jurídico; y 3) Que se manifieste como una actuación caprichosa y arbitraria por parte del juez de conocimiento. Los tres requisitos se reúnen en caso de que se estudie de nuevo la tutela de la cual se debe juzgar el cumplimiento.” (Negrillas propias)

Este derecho al Debido Proceso, reconocido por el artículo 29 de la Constitución Política, es vulnerado cuando dentro del proceso no se verifican, por parte del administrador de justicia, los actos y procedimientos establecidos por las normas que regulan el asunto bajo estudio.

El incidente de desacato es una actuación judicial donde el Juez de instancia puede imponer una sanción con carácter privativo de la libertad, y por ende, no le resultan ajenos ciertos principios del proceso penal, entre otros, la definición de manera clara, concreta e inequívoca de las conductas reprobadas.

Sobre el tema la Corte Constitucional ha indicado en diversas sentencias como la C-599 de 1992, C-390 de 1993, C-259 de 1995, C-244 de 1996, C-690 de 1996 y C-710 de 2001, entre otras lo siguiente:

“...si bien el derecho penal no es más que una de las especies del derecho sancionador, sin embargo los principios penales se aplican, mutatus mutandi, a los distintos ámbitos en donde opera el derecho sancionador. En efecto, en reiterada jurisprudencia esta Corporación ha establecido que los principios del derecho penal -como forma paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplican, con ciertos matices, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado” (Negrillas propias)

Como se observa el incidente de desacato, comparte matices del derecho sancionatorio, y comporta el adelantamiento de un trámite, que debe ajustarse al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Carta Política.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal – Sala de decisión de tutelas del 5 de febrero de 2008, con ponencia del magistrado Javier Zapata Ortiz considero:

“Pues bien, la Carta Política colombiana establece en el artículo 29 que, “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Esta norma, según la jurisprudencia constitucional, contiene las siguientes exigencias:

...(i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, (ii) señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como (iii) la determinación de las autoridades competentes y (iv) el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo ello en aras de garantizar el debido proceso. Y, a los operadores judiciales y administrativos juzgar conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, y observar la plenitud de las formas propias de cada juicio”(Negrillas propias).

E. DESCONOCIMIENTO INJUSTIFICADO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL SOBRE LA TEORIA DEL FALLO COMPLEJO DESARROLLADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Como bien lo ratifica la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal Sentencia de Tutela N° 16415 de Diciembre 18 de 2003, acerca de la finalidad del incidente de desacato;

"(...) El "incidente de desacato" tiene como finalidad principal buscar que la autoridad vinculada CUMPLA LA ORDEN IMPARTIDA POR EL JUEZ, con la aplicación del procedimiento previsto en el Art. 27 (cumplimiento del fallo) del Decreto 2591 de 1991; accesoriamente, COMO RESULTADO Y NO COMO FINALIDAD, el desacato "podrá" conllevar una sanción de las contempladas en el artículo 52 (Desacato) ibidem.

"(...) desafortunadamente se ha entendido equivocadamente que incumplimiento es sinónimo de desacato y que por ende, merece castigo..." (Negrillas propias).

A la sazón, en el Auto del 12 de Noviembre de 2003 (radicación 15116) ejerciendo el grado jurisdiccional de consulta en un incidente de desacato, la Sala de Casación Penal, con ponencia del Magistrado Dr. Edgar Lombana Trujillo, expresó:

"El superior funcional contribuirá a determinar si se está frente al incumplimiento de una sentencia de Tutela, o ante un desacato a la autoridad judicial, pues son dos eventualidades completamente distintas, solo la segunda de las cuales podrá dar lugar a imponer una sanción.

El incumplimiento puede obedecer a multiplicidad de Factores Logísticos, Administrativos, Presupuestales, Fuerza Mayor, etc...El desacato implica un compromiso subjetivo de la autoridad que recibe la orden en el sentido de sustraerse voluntaria y caprichosamente al cumplimiento de lo resuelto en la sentencia de tutela, como si se tratase de asumir una posición de rebeldía frente a la decisión de autoridad judicial". (Negrillas y subrayados propios).

En conclusión, toda vez que, según el Decreto 2591 de 1991, el desacato es el desconocimiento o desobedecimiento a una orden de un juez proferida con base en el presente decreto y, teniendo en cuenta que dicha norma tiene por finalidad sancionar a las personas que se rehúsen, **sin justa causa**, a cumplir el fallo de tutela; me permito respetuosamente solicitar, que se tengan en cuenta las gestiones y trámites desplegados para el cumplimiento de las órdenes impartidas por el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE RIONEGRO que se argumentaron en la acción constitucional.

Además ha dicho la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-763 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero:

"Es el desacato un ejercicio del poder disciplinario y por lo mismo la responsabilidad de quien incurra en aquel es una responsabilidad subjetiva. Es decir que debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento." (Negrillas fuera del texto).

IX. MANIFESTACION JURAMENTADA

Manifiesto señores Magistrados, que no he instaurado similar acción por los mismos hechos y derechos invocados en la presente demanda.

X. PRUEBAS

Ruego muy comedidamente tener como prueba de lo manifestado la siguiente:

- a) Sanción en trámite incidental proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello del 16 de marzo de 2020.
- b) Confirmación de Sanción del Tribunal Superior de Medellín Sala Penal del 28 de mayo de 2020.
- c) Memorial de Inaplicación remitido al Juzgado SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO el 24 de julio de 2020, con copia de las pruebas que sustentan lo manifestado.
- d) Negación a la Inaplicación de Sanción del Juzgado Segundo Penal del Circuito del 27 de julio de 2020.
- e) Certificado de existencia y representación de Regional Nor Occidente Nueva EPS.
- f) Poder para actuar

XI. NOTIFICACIONES:

El afectado en la secretaría de su Despacho o en la dirección Calle 9c-Sur FF 116 oficina 303. Tel. 3105900. Ext. 40034. Correo electrónico: secretaria.general@nuevaeps.com.co

VIII. PETICIONES

En consideración de lo discurrido, y con base en los postulados legales y jurisprudenciales que se dejaron extractados, me permito elevar las siguientes peticiones:

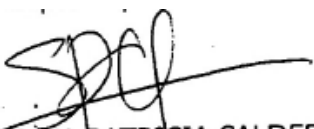
PRINCIPALES

1. Que se conceda la MEDIDA PROVISIONAL solicitada, y como consecuencia de ello, se ordene al **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO**, se **SUSPENDA PROVISIONALMENTE LA ORDEN DE ARRESTO**, mientras se resuelve la presente acción constitucional y se corrobora el cumplimiento de Nueva EPS, para que no se haga efectiva la orden de arresto en contra del afectado.
2. Que se declare que el trámite adelantado por los accionados para la sanción impuesta por el presunto desacato al fallo de tutela constituye una **VIA DE HECHO**, y que, por ende, vulnera los derechos fundamentales al debido proceso y la libertad individual del afectado.
3. Que se conceda la ACCION DE TUTELA solicitada, y como consecuencia de ello, se ordene al **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO**, que se **REVOQUE LA ORDEN DE ARRESTO Y DE PAGO DE MULTA**, por el cumplimiento de Nueva EPS de las pretensiones del accionante, por las razones expuestas anteriormente.
4. Que como consecuencia de lo anterior, se deje sin valor ni efecto la sanción impuesta a través de dicha actuación.

SUBSIDIARIA:

Que en el evento de que el H, Juez decida apartarse del precedente jurisprudencial invocado como sustento de la presente vía de hecho, **SE MANTENGA LA MEDIDA PROVISIONAL** hasta que se decida la segunda instancia de esta acción de tutela o se venza el término establecido para su impugnación sin que ella se solicite, evitando así que una posible decisión favorable se torne inocua, y que sea privada de la libertad antes de que se decida el litigio planteado.

Del señor Juez;


SONIA PATRICIA CALDERÓN LYONS
CC. 52034850
TP. 78226