

¿EL DESACATO COMO MECANISMO EFICAZ DE PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN TUTELA INTEGRAL?

Resumen: El artículo plantea críticas sobre la efectiva protección de los derechos fundamentales cuando se activa el mecanismo judicial constitucional de acción de tutela y el posterior trámite de incidente de desacato, a través del estudio de casos y un análisis estadístico sobre la eficacia de dichos mecanismos jurídicos, se argumenta a favor de realizar un diagnóstico jurídico con participación de todos los actores como rama judicial, congreso de la república, abogados, grupos de investigación entre otros, donde se analicen, estudien y presenten alternativas que minimicen o pongan fin a años y años de trámites incidentales que permitan garantizar la eficacia en la protección de los derechos fundamentales de los accionantes.

Palabras clave: Acción de tutela, incidente de desacato, eficacia, derechos fundamentales, tutela integral.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación, se busca determinar a través de estudio de casos en específico, la eficacia del trámite incidental, para el cumplimiento de los fallos judiciales de tutela, emitidos como garantía de protección del derecho fundamental a la salud, cuando en la sentencia constitucional, el juez de tutela, ordena a la entidad o entidades accionadas, tratamiento integral al paciente que sufre la vulneración de sus derechos fundamentales.

En ese sentido, conviene precisar cada uno de los elementos que componen la pregunta de investigación, con el ánimo de esclarecer conceptos que no permitan dilucidar una respuesta más cercana al objetivo propuesto en el presente trabajo.

1. EL INCIDENTE DE DESACATO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

En primer lugar, el desacato como instrumento jurídico que permite solicitarle al juez de la república constitucional, que se despliegue el poder punitivo del Estado en garantía, cumplimiento y protección efectiva de los derechos fundamentales del accionante en salud, por cuanto las Empresas Prestadoras de Servicios de Salud, por acción u omisión, vulneran derechos constitucionales fundamentales.

La Honorable Corte Constitucional de Colombia, en un primer acercamiento a la definición de incidente de desacato¹, precisa lo siguiente:

“El incidente de desacato es un mecanismo de creación legal que procede a petición de la parte interesada, de oficio o por intervención del Ministerio Público, el cual tiene como propósito que el juez constitucional, en ejercicio de sus potestades disciplinarias, sancione con arresto y multa a quien desatienda las órdenes de tutela mediante las cuales se protejan derechos fundamentales. Este trámite está regulado en los artículos 27 y 52 del Decreto estatutario 2591 de 1991 en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 27. CUMPLIMIENTO DEL FALLO. Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

(...) El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario en su caso. (...).”

“ARTÍCULO 52. DESACATO. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.”

De acuerdo con su formulación jurídica, el incidente de desacato ha sido entendido como un procedimiento: (i) que se inscribe en el ejercicio del poder jurisdiccional sancionatorio^[40] y, (ii) cuyo trámite tiene carácter incidental.”

Ahora bien, sobre la finalidad y los efectos² del incidente de desacato, conviene precisar lo siguiente:

1 Corte Constitucional. Sentencia T-271 de 2015. Magistrado Ponente. Jorge Iván Palacio Palacio. 12 de mayo de 2015.

2 Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional SU – 034 de 2018. Magistrado Ponente. Alberto Rojas Ríos. 3 de mayo de 2018.

“INCIDENTE DE DESACATO-Finalidad

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; de suerte que no se persigue reprimir al reuente por el peso de la sanción en sí misma, sino que ésta debe entenderse como una forma para inducir que aquel encauce su conducta hacia el cumplimiento, a través de una medida de reconvencción cuya objetivo no es otro que auspiciar la eficacia de la acción impetrada y, con ella, la reivindicación de los derechos quebrantados.

CONSULTA DEL DESACATO-Efectos

Al evaluar el alcance de la decisión del juez que resuelve la consulta en el marco de un incidente de desacato, este Tribunal ha establecido que en esta etapa del trámite la autoridad competente deberá verificar los siguientes aspectos: (i) si hubo incumplimiento y si este fue total o parcial, apreciando en ambos casos las circunstancias del caso concreto –la causa del incumplimiento– con el fin de identificar el medio adecuado para asegurar que se respete lo decidido. (ii) si existe incumplimiento, deberá analizar si la sanción impuesta en el incidente de desacato es la correcta, en esta etapa, se corrobora que no haya una violación de la Constitución o de la Ley y que la sanción es adecuada, dadas las circunstancias específicas de cada caso, para alcanzar el fin que justifica la existencia misma de la acción de tutela, es decir, asegurar el goce efectivo del derecho tutelado por la sentencia.”

En efecto, dentro del marco jurídico del Estado Social y Democrático de Derecho en el cual nos encontramos, en apariencia, se tiene que las providencias judiciales se deben acatar, todo ello en aplicación directa de los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y el debido proceso, ya que la interposición de la acción de tutela y como consecuencia de su no cumplimiento, se interponga un incidente de desacato, tiene como finalidad protección de derechos sustanciales.

Empero, si aun interponiendo la acción constitucional de tutela, y su consecuente desacato por incumplimiento, no se ha garantizado protección de derechos fundamentales del accionante, se atenta no sólo directamente contra el Estado de Derecho, sino con la vida y salud de aquellos quienes confiando en la Administración de Justicia, buscan una pronta solución a sus necesidades.

Resulta apenas lógico que la garantía al derecho de administración de justicia no sólo radique en poder interponer demanda ante el poder judicial, y que a su vez éstas profieran decisiones definitivas que resuelvan la litis, sino que se requiere que la decisión adoptada se cumpla, es decir que tenga eficacia y produzca los efectos a los que está destinada.

2. CONCEPTO DE EFICACIA JURÍDICA Y DEL TRÁMITE INCIDENTAL

En este punto nos encontramos ante otro aspecto fundamental de nuestro discernimiento jurídico, el de la eficacia del desacato para lograr el efectivo cumplimiento de los fallos judiciales de tutela integral en salud. Pero para llegar a una conclusión más precisa, precisaremos algunas nociones del término eficacia emitida por la doctrina.

El doctrinante español Liborio Hierro³, aduce que los efectos principales de las normas son: prohibir, preceptuar, organizar a la comunidad, crear obligaciones jurídicas y producir la reacción coactiva para el caso de desobediencia.

Sobre el particular, la Honorable Corte Constitucional ha precisado la eficacia de la acción de tutela⁴ en los siguientes términos:

"Así las cosas, la eficacia de la acción de tutela reside en el deber que tiene el juez, si encuentra vulnerado o amenazado el derecho alegado, de impartir una orden de inmediato cumplimiento encaminada a la defensa actual y cierta del derecho en disputa."

Pues bien, con lo descrito en precedencia, se puede concluir razonablemente que la eficacia está muy ligada al efecto de las normas, es decir que a la aplicación o ejecución de estas y por lo tanto, a la materialización de su contenido expresado en ellas. En consecuencia, será eficaz el derecho si las normas son efectivamente acatadas y lograr encausar el comportamiento humano.

Es así como el derecho se entiende eficaz cuando permite que la producción de los efectos que predica en los supuestos de hecho de las normas jurídicas. Pero si se comprueba lo contrario, esto es el incumplimiento o desecho de la norma jurídica, estaremos frente a un escenario de ineficacia. Consecuencia de lo anterior, la eficacia del derecho se predica cuando la voluntad general del mandato legal se traduce en voluntad especial de las sentencias judiciales que llevan a cabo su disposición.

El doctrinante Norberto Bobbio, precisa que al eficacia se traduce en determinar si una norma es acatada o no por las personas a quienes va dirigida o los destinatarios de la norma jurídica. Concluye además que *"En primer lugar, el autor explica que toda norma debe tener en cuenta tres criterios de valoración para que se encuentre en un ordenamiento jurídico; estos criterios son: si es justa o injusta, si es válida o inválida, y si es eficaz o ineficaz, estos criterios son independientes entre sí, ya que no se necesitan para existir. Para Bobbio, el criterio de la justicia "es el problema de*

3 (Ariel Derecho, 2003) HIERRO, Liborio - La eficacia de las normas jurídicas.

4 Corte Constitucional. Sentencia T – 068 del 05 de marzo 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

la correspondencia o no de la norma a los valores superiores que determinan el ordenamiento jurídico, es decir, es preguntarse si la norma es apta o no ante los valores supremos. En otras palabras, es la oposición entre lo que debe ser y lo que es”⁵

En ese sentido y conforme a lo que el autor entiende por eficacia, el planteamiento esencial se centra en determinar si las normas es cumplida o no por las personas a quienes se dirige, lo que el tratadista en cuestión llama destinatarios de la norma jurídica, y en caso de ser violada, que se haga cumplir valiéndose de los medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto.

Ahora bien, otra teoría sobre el concepto de eficacia pregona que la misma se encarga de establecer tres (3) aspectos a saber: en qué medida los comportamientos de la sociedad coinciden con las normas jurídicas, hasta qué punto las prácticas sociales son imputables a las normas jurídicas por temor o convicción y hasta dónde las conductas de los miembros de la sociedad son acordes a los fines propuestos en las leyes (González Ordovás, 2003 págs. 55 - 56).

Para Hans Kelsen, la eficacia de una norma jurídica se cuantifica determinando el impacto que la misma tiene sobre el comportamiento de las personas destinatarios de ella, así indica que: *“para definir el concepto de eficacia han de tomarse en cuenta las relaciones entre la conducta humana efectiva y la norma jurídica”* (Kelsen, y otros, 2005 pág. 60).

En ese sentido, se puede inferir que la eficacia de una norma obligatoria se da cuando ésta es acatada o aplicada por sus destinatarios, o es ineficaz cuando se incumplen los enunciados normativos que ésta impone, razón por la cual se concluye que la eficacia de la norma jurídica se basa en el comportamiento de los individuos destinatarios de ella y también en determinar si los individuos hacen lo que se les indica o no.

Hart hace una relación entre validez y eficacia, sosteniendo que la eficacia de un orden jurídico se fundamenta en el hecho de que normalmente las personas a quienes van dirigidas las normas se conforman con ellas y en caso de incumplimiento, entra a operar las sanciones previstas para tales presupuestos.⁶

3. DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. AMPARO QUE ORDENA TRATAMIENTO INTEGRAL

Po último, nos adentramos al tema más importante de nuestra disertación y tiene que ver con la protección del derecho fundamental a la salud, cuando el fallo constitucional ordena tratamiento integral para el paciente que dadas las graves

⁵ Bobbio, Norberto. 2000. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.

⁶ HART, Herbert L.A. El concepto del derecho. (Genaro R. Carrió, Trad.). s.l.: s.n., s.f.

patologías, el juez constitucional de tutela indica que todos los procedimientos de salud tales como citas, exámenes, cirugías, medicamentos, entre otros sean brindados al accionante, sin dilación alguna y en términos de oportunidad, calidad y continuidad.

La ley estatutaria N° 1751 del 16 de febrero de 2015, reguló el derecho fundamental de la salud, en su artículo 1° precisó:

“ARTÍCULO 1o. OBJETO. <Artículo **CONDICIONALMENTE** *exequible*> *La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección.*

ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. *El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.*

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

La Jurisprudencia constitucional realiza un avance significativo, por cuanto pasó de reconocer y proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida, a elevarlo al rango de derecho fundamental autónomo y así de manera directa garantizar su protección inmediata.

Además, la protección constitucional va más allá, en tratándose de protección del derecho fundamental a la salud, ya que en algunos eventos, el juez constitucional garante de protección de derechos fundamentales ha venido ordenando TRATAMIENTO INTEGRAL, para aquel paciente que al padecer una enfermedad ruinosa catastrófica, requiere no sólo la protección inmediata de su derecho fundamental a la salud y vida, sino que en el futuro, todos los procedimientos de salud que requiera relacionado con su patología, deben ser suministrados por la EPS accionada a la cual se encuentre afiliado, en términos de oportunidad, calidad y continuidad con lo exige la ley por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud.

Pero esta posición jurisprudencia no ha sido del todo sana, pues contrario a ello, otros jueces de la república investidos de jueces constitucionales, han optado por no conceder tratamiento integral, atendiendo a la falta de idoneidad y experticia para determinar a futuro, cuáles servicios de salud requerirá el accionante, y dada esa indeterminación a futuro, únicamente protegen los derechos a la salud, en lo que

respecta a los servicios médicos ordenados por los galenos tratantes a la fecha de presentación de la tutela.

Postura respetable, que sin lugar a dudas, plantea otro problema jurídico y es el siguiente: ¿No está suficientemente congestionada la justicia, como para sobrecargarla de acciones de tutela? El anterior interrogante tiene su asidero jurídico en la excesiva carga laboral que se presenta en los Despachos judiciales del país. Ahora bien, cuando de las pruebas allegadas al escrito de tutela se evidencia una flagrante violación a los derechos fundamentales del accionante, además que es visible la grave afectación del accionante en su salud, por padecer patologías catastróficas, ¿no es viable conceder una tutela de salud integral? Con ello se evita que el paciente, por cada incumplimiento en la prestación de los servicios de salud, instaure una acción de tutela por cada orden médica que le sea expedida por sus médicos tratantes.

En consecuencia, convine analizar el significado y alcance que tiene una tutela de salud integral, a la luz de pronunciamientos de la Corte Constitucional⁷ de Colombia. Así las cosas, se ha precisado lo siguiente:

“Principio de integralidad en salud.

6.1. De acuerdo con el artículo 2º, literal d) de la Ley 100 de 1993 la integralidad, en el marco de la Seguridad Social, debe entenderse como “la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley”.

Dicho criterio fue posteriormente reiterado en la Ley 1122 de 2007^[56] y actualmente desarrollado en la Ley Estatutaria de Salud^[57], la cual en su artículo 8º dispuso que:

“los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

7 Corte Constitucional. Sentencia T 010 del 22 de enero 2019. Magistrado Ponente CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

6.2 Al respecto, cabe señalar que en sentencia C-313 de 2014 mediante la cual se llevo a cabo el control previo de constitucionalidad de la referida Ley Estatutaria de Salud, la Corte precisó que el principio de integralidad irradia el sistema de salud y determina su lógica de funcionamiento. De allí, que la adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas es un principio que “está en consonancia con lo establecido en la Constitución y no riñe con lo sentado por este Tribunal en los varios pronunciamientos en que se ha estimado su vigor”¹⁵⁸¹.

En ese contexto, sostuvo este Tribunal en reciente sentencia T-171 de 2018¹⁵⁹¹ que el principio de integralidad que prevé la ley 1751 de 2015 opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal. En ese sentido, destacó la Corte que el servicio “se debe encaminar a la protección constitucional del derecho fundamental a la salud, es decir que, a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que el entorno [del paciente] sea tolerable y digno”.

6.3 En suma, ha considerado la propia jurisprudencia que el principio de integralidad, a la luz de la Ley Estatutaria de Salud, envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de garantizar la autorización completa de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología, así como para sobrellevar su enfermedad.”

Pues bien, la integralidad en la prestación de los servicios de salud, requiere que el Juez constitucional de tutela realice un examen muy riguroso que el permita determinar, a la luz de la dignidad humana, en garantía al derecho que tenemos todos los colombianos a llevar una vida en condiciones dignas, si la protección al derecho fundamental a la salud, requiere integralidad en su tratamiento médico, habida cuenta de las graves patologías visibles, aunado al precario sistema de salud colombiano que a través de toda clase de trabas administrativas, se excusa en normas o procedimientos inconstitucionales para no proveer los servicios de salud requeridos por el paciente y/o accionante.

En reciente fallo de tutela emitido por la Honorable Corte Constitucional, se recordó que las E.P.S. no pueden exigir decisiones judiciales para garantizar el acceso efectivo a los servicios de salud de sus afiliados, en especial la entrega de elementos ordenados por los médicos tratantes, que son urgentes e indispensables para el restablecimiento de la salud de los pacientes.

En tal sentido, se argumentó que esa exigencia constituye barreras arbitrarias e injustas a pacientes que no tienen el deber de soportar dichos requisitos adicionales,

además de generar un desgaste gravoso para la administración de justicia. No se entiende cuando las E.P.S. aun existiendo fallo de tutela integral en contra, exigen que el fallo constitucional expresamente ordene el medicamento, insumo, elemento o cita que necesita el paciente de manera vital, peor además se escudan en que lo ordenado se encuentra excluido del Plan de Beneficios en Salud o que requiere autorización MIPRES.

En efecto, el máximo Tribunal Constitucional precisó:

(...)

En esta oportunidad, la Sala estudió si la EPS demandada vulneró el derecho a la salud de su afiliada, al negar la entrega de una silla de ruedas ordenada por los médicos tratantes, con fundamento en que: (i) ese insumo está excluido del PBS; (ii) requiere autorización del MIPRES; y, (iii) en todo caso, su entrega está condicionada a un fallo de tutela que lo conceda expresamente.

Para resolver esa cuestión, reiteró la jurisprudencia sobre: (i) el derecho a la salud de las personas de la tercera edad; (ii) el suministro de las sillas de ruedas en el marco del PBS y (iii) la prohibición de anteponer barreras administrativas y judiciales para la prestación de servicios o entrega de insumos o medicamentos de salud. Recordó que las EPS deben suministrar los servicios e insumos de salud prescritos por los médicos tratantes a las personas de la tercera edad. Para el efecto, no pueden anteponer barreras de índole administrativo, ni judicial. En relación con el suministro de sillas de ruedas, señaló que no pueden financiarse con cargo a la UPC. Por esa razón, las EPS podrán adelantar el procedimiento de recobro ante la ADRES. De igual manera, reiteró que, en sede de tutela, el juez debe conceder su entrega, siempre y cuando haya sido ordenada por el médico tratante adscrito a la EPS. (...)

4. EFICACIA DEL INCIDENTE DE DESACATO

No obstante lo anterior, y suponiendo que el juez de tutela sea garantista y accede a la protección del derecho fundamental a la salud, ordenando tratamiento integral, y después de dar la orden perentoria (generalmente 48 horas), para que la accionada cumpla a cabalidad con la acción de tutela, ésta persiste en su negativa de incumplimiento a la sentencia constitucional, procede iniciar trámite incidental de desacato para obligar a las EPS a cumplir el fallo de tutela, so pena de sanciones con multa y arresto a quienes tienen la obligación de cumplir la sentencia constitucional.

Pero en lugar de encontrar una pronta resolución a la protección de los derechos fundamentales, el trámite incidental se convierte en otro tortuoso procedimiento que

8 Sentencia T-338 del 04 de octubre de 2021. Magistrada Sustanciadora. Gloria Stella Ortiz Delgado.

puede durar meses, incluso años y que sume al accionante en una incertidumbre jurídica respecto del momento en que efectivamente le van amparar sus derechos constitucionales fundamentales.

Surgió otro interrogante y era determinar ¿Cuál era el término que tenía el juez constitucional de tutela para resolver el incidente de desacato?

Para absolver dicho interrogante, la Honorable Corte Constitucional realizó un examen de constitucionalidad del inciso primero del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, declarándolo exequible, en razón a que el incidente de desacato allí consignado debía resolverse en el término estipulado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia.

En dicho análisis jurídico, el máximo tribunal constitucional realizó un estudio de la obligación de acatamiento de las sentencias judiciales y las potestades del juez para hacerlas cumplir, pero se estudió en especial el deber de cumplir los fallos de tutelas y las herramientas con las que cuenta el juez constitucional para garantizar su cumplimiento y las sanciones que pueden que pueden derivarse de su incumplimiento.

Luego de esas elucubraciones jurídicas, ya en análisis del caso concreto se pudo establecer que el artículo 52 demandado, en efecto no precisó un término para que el operador judicial resuelva el incidente de desacato interpuesto para el cumplimiento de un fallo judicial de tutela, con lo cual se hace ilusoria la efectividad y oportuna garantía fundamental estipulada en el artículo 86 superior cuando quiera que un derecho fundamental constitucional ha sido vulnerado.

La falta de previsión de un término para que el operador judicial decida sobre el incidente de desacato, redundando directamente en que estos se represen en los despachos judiciales retardando una decisión célere, pronta, oportuna y eficaz para protección efectiva del derecho fundamental vulnerado, como lo ordena el artículo 86 de la Carta.

El máximo tribunal constitucional destacó las características fundamentales de la acción de tutela, determinados por el propio constituyente, tales como la inmediatez de la orden judicial de protección, su innegable carácter urgente, su acceso a través de un proceso preferencial y sumario que atribuye una resolución del juez de tutela en un plazo breve y perentorio.

También conviene recordar que la jurisprudencia ha determinado que la finalidad de la acción de tutela es la de garantizar amparo inmediato y preferente a quienes reclaman vulneración de sus derechos constitucionales fundamentales. En ese

9 Sentencia C-367 del 11 de Junio de 2014. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

sentido se tiene que el juez debe desplazar sus competencias ordinarias para atender el asunto constitucional de forma celeré.

No se entiende y se encuentra un sin sentido que para decidir en sede de consulta sobre la sanción impuesta proveniente de un trámite incidental de desacato, el legislador sí haya previsto un término de tres días, mientras que para decidir sobre el trámite incidental de desacato, no se hubiese establecido un término preciso, y se pueda prolongar indefinidamente, quedando al arbitrio del juez proferir la respectiva decisión, desvirtuando el amparo inmediato constitucional que impone el artículo 86 de la Carta Política.

No existe discusión sobre el incidente de desacato como vía jurídica para garantizar cumplimiento a la sentencia constitucional de tutela, que amparó derechos fundamentales del accionante, los cuales se ven amenazados o violentados por EPS, sin embargo se cuestiona el hecho de la mora en su resolución efectiva, motivado esto por la laguna jurídica que se presenta ante la falta de reglamentación que precise un término perentorio para decidir de fondo sobre el desacato, desvirtuando su eficacia para hacer efectiva esa garantía de restablecimiento de derechos vulnerados.

Esa falta de previsión legislativa contravía el mandado 228 superior, en el sentido de precisar que todas las actuaciones procesales deben tener un término que debe ser observado con diligencia. Así las cosas, la Corte Constitucional acudió a la misma norma constitucional, concluyendo que el incidente de desacato debía resolverse dentro del término establecido en el artículo 86 constitucional para el fallo de tutela, en razón a garantizar la inmediatez de la protección y la efectividad de los derechos fundamentales y los mecanismos de protección, mientras el legislativo no determine otro término.

Pero no sólo se contraviene el artículo 228 superior, sino también el artículo 29 constitucional, que garantiza el debido proceso sin dilaciones injustificadas, en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, como quiera que para el trámite incidental no existe un término taxativo legal para su resolución.

Pero lo más impactante de este estudio radica en que la finalidad del incidente de desacato no es otro que lograr el cumplimiento efectivo del fallo judicial de tutela, y para nada la imposición de la sanción se erige como su razón de ser, así las cosas el juez constitucional de tutela tiene la obligación de hacer cumplir sus providencias.

Ahora bien, en el ejercicio profesional se ha visto la negligencia no solo de las entidades promotoras de salud, quienes son las llamadas a garantizar la salud, vida digna, mínimo vital de sus afiliados, quienes deben recibir la prestación de los servicios de salud en términos de oportunidad, calidad y continuidad, sino también el actuar pernicioso de los jueces constitucionales de tutela, quienes por diversas circunstancias, no le imprimen la celeridad que amerita un incidente de desacato, máxime cuando se está frente al amparo de derechos constitucionales fundamentales como la vida del accionante.

Empero, el juez constitucional de tutela ha extendido los plazos, procedimientos y acciones para garantizar el cabal cumplimiento del fallo de tutela, pero con ese actuar, se amplían los términos para su resolución, afectando y perpetuando los derechos fundamentales de los accionantes, que fueron amparados por un mecanismo en principio “preferente, sumario, de inmediato cumplimiento” de derechos fundamentales constitucionales.

Consecuencia de lo anterior, el incidente de desacato se convierte en un trámite ordinario más, sin preferencia alguna, en razón a que el término perentorio para el cumplimiento de la sentencia de tutela pasa a ser un saludo a la bandera, en razón a que no se entiende el hecho según el cual al juez de tutela se le haya establecido un término perentorio de 10 días y 20 días en segunda instancia si la orden de la sentencia de tutela se cumple meses o incluso años después, eso cuando se cumple, porque en ciertos casos se sanciona al Gerente de la EPS accionada con multa y arresto, pero el incumplimiento a la sentencia constitucional persiste.

Por lo descrito en precedencia, la garantía de protección de derechos constitucionales fundamentales queda en el limbo jurídico, habida cuenta que la persona violentada debe, además de la carga de por sí muy pesada de soportar una enfermedad catastrófica, acudir a un mecanismo sancionatorio sin un plazo definido en la ley, quedando su cumplimiento en manos de la entidad accionada, quien a su elección decide cuándo puede cumplir la sentencia constitucional.

No significa ello que los jueces no desplieguen su poder judicial sancionatorio para lograr el cumplimiento a cabalidad de la sentencia constitucional, pero en la práctica jurídica profesional queda ese sinsabor de prepararse no sólo para solicitar amparo de derechos fundamentales vía tutela, sino también iniciar un trámite incidental, en virtud del cual el juez ante la falta de regulación debe actuar bajo su discrecionalidad, perdiendo de vista la naturaleza de la acción de tutela, y el carácter inmediato que tiene su orden.

Lamentablemente el amparo de los derechos fundamentales constitucionales se convierten en una mera expectativa, que no debería ser así en un estado social y democrático de derecho, por cuanto el fallo de protección permanece en el tiempo y se extiende a tal punto, que para lograr su cumplimiento pueden transcurrir años, planteándose otro interrogante ¿Pierde su eficacia el fallo judicial de tutela, sí para lograr su cumplimiento, el trámite de incidente de desacato no previó un término expedido para su resolución? O mejor dicho ¿Qué sentido tiene establecer un término de 10 días para fallar una tutela, sí su cumplimiento se puede suscitar meses o incluso años después?

En virtud de lo anterior, concluimos que dada la inexistencia de términos para proferir decisión en el trámite incidental, el juez procede a actuar según sus convicciones y dependiendo de la congestión que se presente en su despacho judicial, perdiendo de vista que este mecanismo fue diseñado para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Peor aún, cuando la decisión es adversa a las pretensiones del accionante, y se ordene el archivo del trámite incidental, no se previó recurso alguno para manifestar la inconformidad frente a la decisión adoptada por el Juez Constitucional, pues solo procede el grado jurisdiccional del consulta ante el superior jerárquico, quien solamente procederá a verificar la observancia plena de las garantías del debido proceso.

Importa aclarar que en tratándose de órdenes de tracto sucesivo, como bien se puede predicar de una tutela que ampara derechos fundamentales a la salud integral, en donde el accionante puede requerir la prestación de los servicios de salud a futuro, incluso durante toda su vida, el incidente de desacato se puede promover en cualquier momento y tantas veces sea necesario, mientras continúe la vulneración del derecho fundamental amparado.

Lo anterior supone que la protección puede extenderse en el tiempo, en algunos casos indefinido, citando como ejemplo la entrega de un medicamento que un paciente necesite de por vida, y en virtud del cual la accionada no haga entrega del mismo según prescripciones médicas, se presenta un incumplimiento a la sentencia constitucional, razón por la cual debe activarse el mecanismo de incidente de desacato para garantizar ese cumplimiento al fallo de tutela.

Como se ha referido en precedencia, el trámite incidental de desacato comporta un ejercicio del poder disciplinario que faculta a los jueces constitucionales de tutela, en caso de incumplimiento a la sentencia constitucional, la posibilidad de imponer multa y arresto para la persona que debe cumplir la sentencia. Para ello debe comprobarse negligencia y en todo caso no es posible suponer responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento.

En consecuencia, el juez constitucional de tutela no puede, en virtud de la discrecionalidad que le confiere la ley y la constitución, dejar sin actuaciones el trámite incidental hasta que la accionada cumpla la orden judicial, sino por el contrario, debe desplegar todas las actuaciones tendientes a lograr el restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados, pues le asiste una obligación irrenunciable para hacer cumplir la sentencia dictada.

Ahora bien, debe precisarse que el incidente de desacato no es objeto de revisión por parte la Corte Constitucional, pues no está dentro de las funciones delimitadas por el artículo 241 superior, contemplando solamente una revisión eventual de las decisiones judiciales proferidas dentro de la acción constitucional de tutela.

Si bien no está en discusión las múltiples funciones atribuidas a la Corte, la posible revisión del incidente de desacato podría dotar a los accionantes y accionados del valor de la seguridad jurídica implícito en la Constitución Política de 1991, el cual tiene aplicación en todos los escenarios de las relaciones entre los individuos.

5. METODOLOGÍA RESULTADO ESTADISTICO DE LA INVESTIGACIÓN

Como metodología de la investigación se analizaron un total de seis (6) tablas comparativas con la finalidad de evidenciar una realidad palpable del incidente de desacato en Colombia, al tomar como referencia diversos aspectos relevantes de este trámite incidental, con epicentro la ciudad de Bogotá D.C.

Se presentarán análisis estadísticos que tienen como objetivo fundamental determinar, en promedio, cual es el tiempo de resolución de un incidente de desacato en los Juzgados de Bogotá, aunado a determinar las empresas prestadoras de salud que más vulneración de derechos fundamentales comete. Conviene precisar además que los expedientes judiciales objeto de investigación, comprenden únicamente acciones judiciales de tutela, con su respectivo trámite incidental.

Como quiera que se presentan restricciones en el ingreso a los despachos judiciales de la ciudad de Bogotá D.C, debido a la Pandemia del Covid 19, se ha utilizado como herramienta principal de consulta, el aplicativo dispuesto por la rama judicial de Colombia para el efecto. La muestra final fue de 70 incidentes de desacato archivados o en trámite al momento de la revisión.

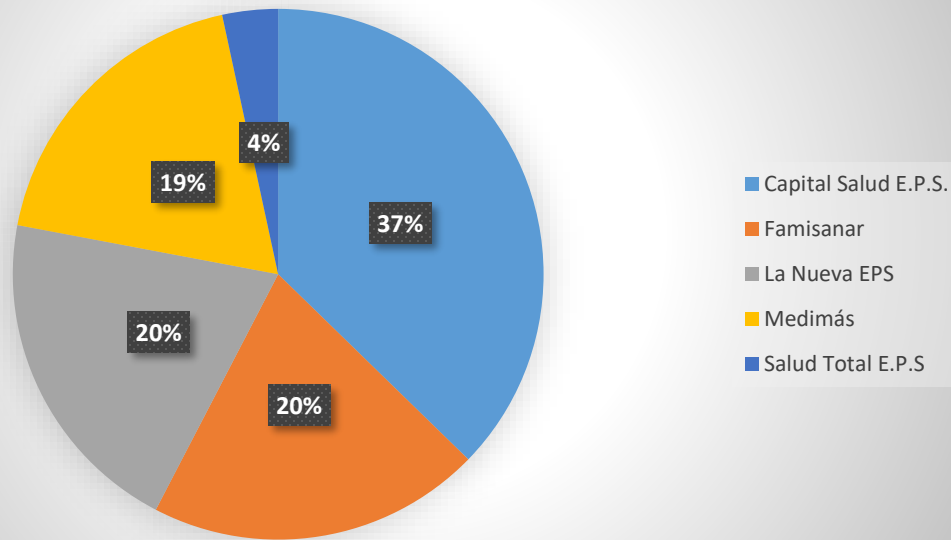
Una vez hecha la recopilación de los datos a través de la metodología ya descrita en precedencia, fueron procesados mediante una base de datos predeterminada, con el fin de cuantificarlos matemáticamente. Lo anterior permitió realizar un análisis posterior a los resultados, a fin de llegar a las conclusiones en relación con la problemática inicialmente planteada.

6. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

6.1 Accionados.

El primer ítem que se quiso visibilizar con el problema de investigación planteado atañe a establecer cuáles son las EPS accionadas que mayor número de tutelas presentan en contra, es decir, determinar cuáles EPS tuteladas, según los jueces de la República, cometen mayor vulneración de derechos fundamentales de sus pacientes o afiliados.

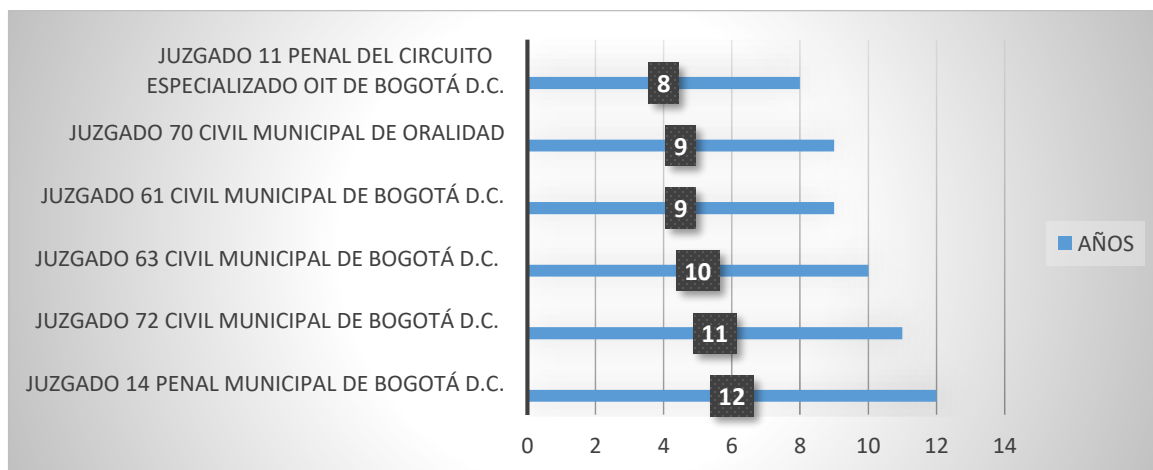
FALLOS DE TUTELA EN CONTRA



En este aspecto conviene precisar que fueron tomadas como referencia las cinco (5) EPS que más fallos de tutela en contra han recibido, donde se puede vislumbrar que en tratándose de temas de salud, Capital Salud E.P.S., es la que en nuestra investigación, mayor violación de derechos fundamentales realiza, según sentencias constitucionales emitidas por los jueces de la república, seguida por Famisanar, La Nueva E.P.S y Medimás E.P.S.

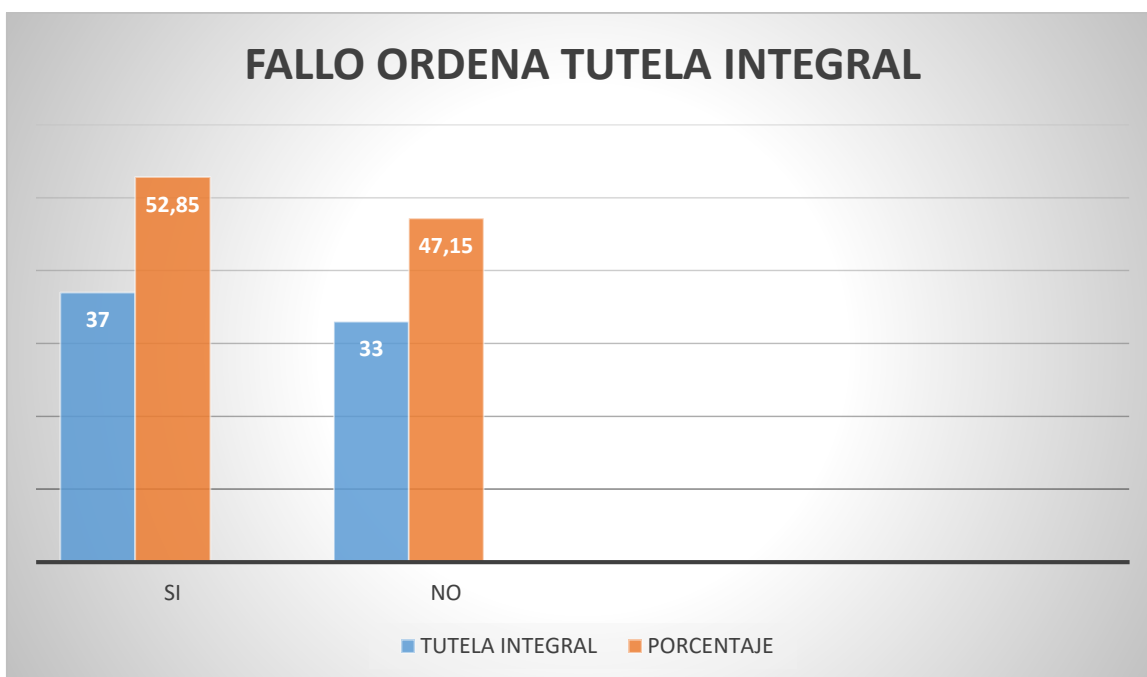
6.2 Juzgados de Conocimiento.

Sobre el presente elemento, se determinó cuanto tiempo en promedio puede tardar el juzgado de conocimiento en resolver el incidente de desacato, tomando como referencia juzgados ubicados en la Ciudad de Bogotá D.C.



6.3 ¿Fallo ordena tratamiento integral en salud?

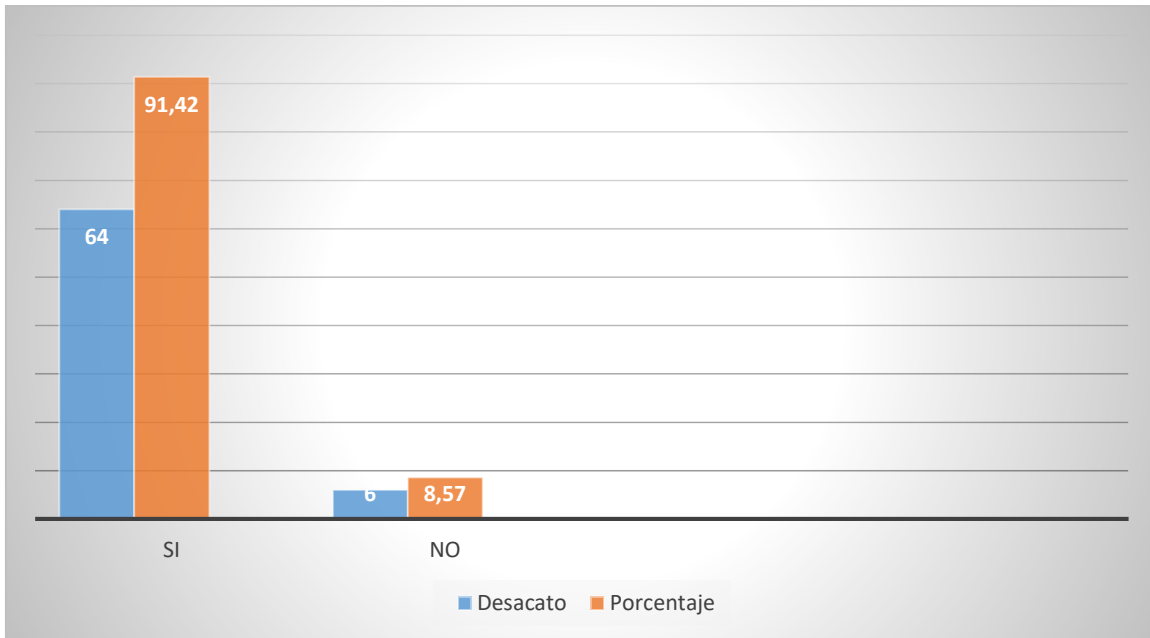
Como quiera que la investigación desarrollada versa únicamente sobre protección del derecho fundamental en salud, se estableció en cuales fallos de tutela consultados el Juez Constitucional de tutela, además de amparar el derecho fundamental violado, ordenó a la accionada, prestar tratamiento integral en salud al paciente titular de protección de los derechos fundamentales.



Cómo puede observarse en la gráfica, de los 70 fallos en tutela de temas de salud tomados en la investigación, 37 ordenan fallo integral y 33 protegen ese derecho fundamental, únicamente en lo urgente e inmediato requerido por el paciente, sin resolver la integralidad en salud.

6.4 ¿Se interpuso incidente de desacato?

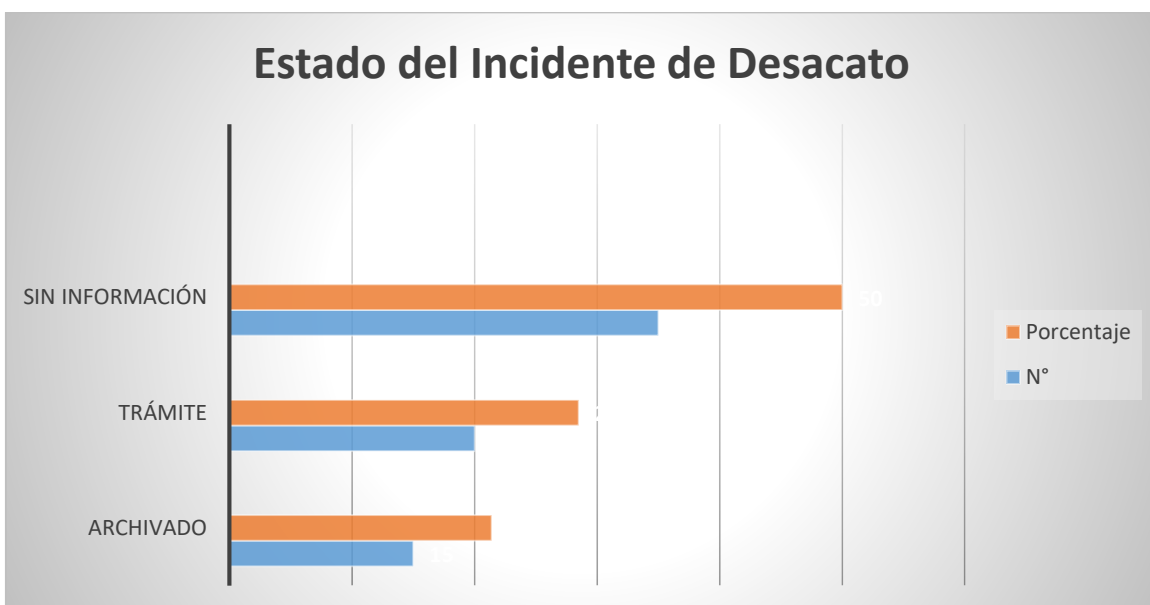
Además del fallo constitucional, se determinó en qué porcentaje se interpuso incidente de desacato, para garantizar protección de los derechos fundamentales del accionante.



Como resultado fundamental de la investigación, se pudo establecer que en el 91 por ciento de los casos, los accionantes tuvieron que interponer incidente de desacato para que el juez de la república garantizara la protección de sus derechos fundamentales, queriendo con esto decir que no bastó la acción de tutela, sino que además se tuvo que activar el trámite incidental para hacer valer el fallo constitucional.

6.5 ¿El trámite de incidente de desacato se encuentra archivado o en trámite?

Sobre este elemento, se determina cuáles de los incidentes de desacatos interpuestos ante los juzgados de conocimiento se encuentran en trámite y cuáles archivados.

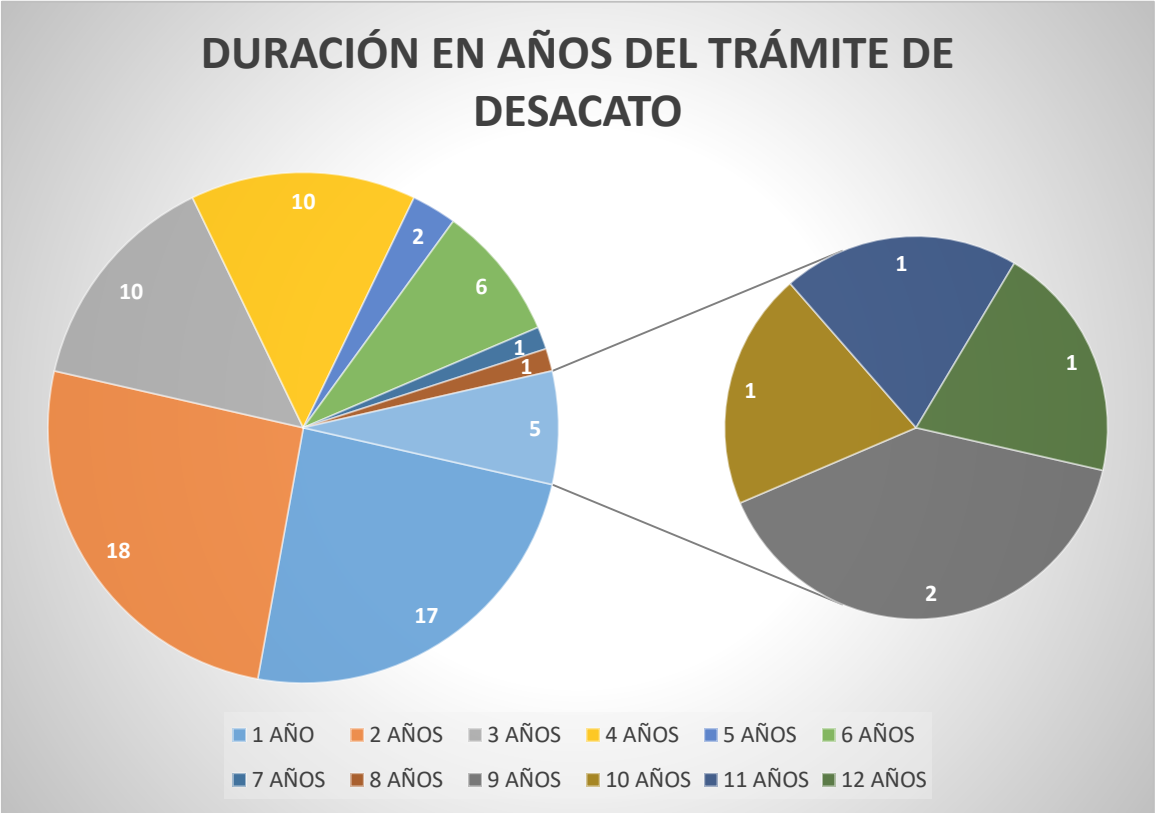


Otro aspecto a destacar es la cantidad de trámites incidentales que se encuentran en curso o trámite, están archivados o no se tiene información respecto de su estado actual. Del análisis de la gráfica se puede demostrar que el 21,4% de los incidentes de desacato se encuentran archivados, el 28,5% en trámite y el 50%, no se tiene información de su estado actual. Esto último presenta dificultades, ya que debido a la Pandemia del Covid 19, no se tiene acceso total a los Despachos Judiciales de Bogotá D.C, razón por la cual se utilizó la herramienta digital de la página web de la rama judicial para consulta de procesos, sin embargo se evidenciaron inconvenientes con el funcionamiento del aplicativo, así como la falta de actualización de los procesos en dicha fuente de consulta.

6.6 ¿Duración del trámite incidental?

Se determinó en promedio, cual es la duración de un trámite incidental ante los juzgados de conocimiento de Bogotá D.C.

El estudio determinó que en promedio, de la revisión de 70 expedientes de incidentes de desacato radicados ante Juzgados de Conocimiento de Bogotá D.C, en promedio, el término para decidir el incidente de desacato, entendiéndose proferir una decisión de fondo, archivar el mismo o sancionar a la E.P.S. accionada, es de tres años y tres meses, encontrándose casos representativos de incidentes de desacato, sobre los cuales han transcurrido 12, 11, 10 y 9 años, donde los accionados han solicitado al juez constitucional, protección a sus derechos fundamentales.



CONCLUSIONES

La acción constitucional de tutela, es el mecanismo jurídico más utilizado por la sociedad colombiana para la protección de los derechos fundamentales de los asociados, debido a que, según el deber ser, es el medio más eficaz y expedito para salvaguardar derechos fundamentales.

No obstante lo anterior, en desarrollo del presente artículo de investigación quedó demostrado que aquel ciudadano que siente menoscabados sus derechos fundamentales, no sólo debe interponer una acción de tutela, para que un juez constitucional le dé la razón, sino que debe esperar, al menos un año para que la E.P.S. accionada cumpla a cabalidad con la tutela integral en salud, que es nuestro tema central.

Sobre la pregunta de investigación, conviene que el incidente de desacato parece ineficaz frente a la protección de derechos fundamentales amparados por fallos constitucionales de tutela. Lo anterior obedece a varios factores a saber:

- a) La congestión de los despachos judiciales. Si bien es cierto se cumplen con los términos para decidir la acción de tutela, una vez se presenta incumplimiento y se instaura el incidente de desacato, no se le imprime el impulso procesal y la celeridad que amerita la sentencia constitucional de tutela.
- b) Las maniobras dilatorias utilizadas por las E.P.S., que a través de todo tipo de artimañas, dilatan el cumplimiento del fallo judicial de tutela integral en salud, como por ejemplo no prestar los servicios de salud, escudándose en que la sentencia constitucional no menciona específicamente el servicio o medicamento que debe ser prestado o entregado al accionante, a sabiendas que se trata de tutela integral y todo lo ordenado por los médicos tratantes, se encuentra amparado por la tutela.
- c) Se ha presentado mora la imposición de las sanciones de multa y arresto por parte de los Juzgados de Conocimiento, incluso fallas que ponen de presente violación al debido proceso, incidiendo directamente en que el superior jerárquico, al surtirse el grado jurisdiccional de consulta respecto de las sanciones, impuestas, declare la nulidad de la sanción y se retarden las acciones coercitivas que permitan lograr el cumplimiento de la sentencia constitucional.
- d) En promedio, para que sea fallado un incidente de desacato, en la ciudad de Bogotá D.C., el cual ampare derechos fundamentales en salud, con tratamiento integral, los juzgados de conocimiento se están tomando en promedio 3 años y tres meses, lo cual va en contravía de los postulados de eficacia pregonados en la carta magna, para la protección de derechos fundamentales a través de la acción constitucional de tutela.

- e) Urge una reforma a la justicia, la congestión judicial desborda la capacidad institucional para atender la demanda elevada entre otros aspectos, de las acciones de tutela. Debe convocarse a todos los actores interesados, para encontrar decisiones de fondo que permiten una justicia más ágil, eficiente, eficaz, oportuna y de calidad.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Constitucional. Sentencia T-271 de 2015. Magistrado Ponente. Jorge Iván Palacio Palacio. 12 de mayo de 2015.

Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional SU – 034 de 2018. Magistrado Ponente. Alberto Rojas Ríos. 3 de mayo de 2018.

Corte Constitucional. Sentencia T – 068 del 05 de marzo 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

(Ariel Derecho, 2003) HIERRO, Liborio - La eficacia de las normas jurídicas.

Bobbio, Norberto. 2000. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.

HART, Herbert L.A. El concepto del derecho. (Genaro R. Carrió, Trad.). s.l.: s.n., s.f.

Corte Constitucional. Sentencia T 010 del 22 de enero 2019. Magistrado Ponente CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

Sentencia C-367 del 11 de Junio de 2014. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

Sentencia T-338 del 04 de octubre de 2021. Magistrada Sustanciadora. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Decreto 2591 de 1991.

González Ordovás, 2003 págs. 55 – 56

Kelsen, y otros, 2005 pág. 60

La ley estatutaria N° 1751 del 16 de febrero de 2015.