El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – Incidente de desacato en grado de consulta – 18 de octubre de 2017

Proceso:                 Acción de Tutela – Revoca sanción

Radicación Nro. : 660013107001-2014-00189-01

Accionante: CARLOS EDUARDO ARIAS GIRALDO

Accionados:      ASMET SALUD EPS Y OTRO

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: INCIDENTE DE DESACATO / IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR LA ORDEN.** [L]a entidad accionada se encontraba en imposibilidad de dar cumplimiento a lo que se le ordenó vía tutela, ello por cuanto en un primer momento fue la misma agente oficiosa del accionante quien no aceptó la atención que se brindó para su hijo, por cuanto le autorizaron los servicios terapéuticos en el vecino municipio de Cartago, a donde ella dijo no tener recursos económicos para trasladarlo, y posteriormente, porque el señor ARIAS GIRALDO, fue cobijado con medida de aseguramiento de detención intramural y con ello su atención médica pasó a ser responsabilidad de la entidad que le presta los servicios de salud a la población reclusa del país, lo que hace no solo imposible, sino inocua cualquier medida que adoptara ASMETSALUD EPSS para darle cumplimiento al fallo de tutela, ya que, aunque se emitieran las órdenes para que él fuera internado en un centro de rehabilitación para personas con problemas de adicción a los estupefacientes, a pesar de que se encuentra como desvinculado de esa EPSS, las mismas no se podrían cumplir, por cuanto desde el momento en que CARLOS EDUARDO fue privado de la libertad por orden judicial, las decisiones en torno a su lugar de reclusión, incluyendo el que sea o no un centro de salud mental, ya no estaba por cuenta de la EPSS sino del juez que lo condenó o del que se encuentre encargado de la vigilancia de su pena. Así las cosas, no podemos perder de vista que la finalidad del trámite incidental de desacato, no es otra que el de hacer cumplir la decisión adoptada en la acción constitucional, siempre y cuando ello sea posible para la entidad incidentada, mas no desembocar ineludiblemente en una sanción.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**CONSULTA INCIDENTE DE DESACATO**

Pereira, dieciocho (18) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 7:00 a.m.

Aprobado por Acta No. 1095

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación: | 660013107001-2014-00189-01 |
| Accionante: | Luz M. Giraldo P., agente oficiosa de Carlos Eduardo Arias Giraldo |
| Accionado: | Asmet Salud EPSS y otro.  |
| Procedencia: | Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira |
| Decisión:  | Revoca sanción  |

**ASUNTO**

Revisa la Sala en grado jurisdiccional de consulta, la sanción impuesta por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira el 23 de agosto de 2016, dentro del trámite incidental de desacato promovido por la agente oficiosa del señor **CARLOS EDUARDO ARIAS GIRALDO** en contra de la **EPS-S ASMET SALUD**.

**ANTECEDENTES**

La señora Luz Marina actuando en calidad de agente oficiosa de su hijo, el señor Carlos Eduardo Arias Giraldo, interpuso acción de tutela en contra de la EPS Asmet Salud, solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la vida, salud e integridad personal, entre otros, toda vez que este padece de trastornos mentales y de comportamiento ocasionados por el uso de estupefacientes y otras sustancias, incluso ha presentado episodios de intimidación de muerte hacia miembros de su familia, patologías que han sido tratadas por el Hospital Mental de Risaralda desde el año 2013, atendiendo esas situaciones, la señora Giraldo Pérez, solicitó a la EPS que ingresara a su hijo a una comunidad terapéutica cerrada, pero esta no asumió el acompañamiento solicitado.

Mediante fallo de tutela del 29 de diciembre del 2014, el Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira tuteló el derecho fundamental a la salud del señor Carlos Eduardo, y en consecuencia le ordenó a la EPS Asmet Salud que a través de su Representante Legal, procediera a autorizar y garantizarle la internación en Comunidad Terapéutica Cerrada, en un centro de rehabilitación adecuado para el tratamiento de sus trastornos mentales derivados del abuso de sustancia psicoactivas en los términos prescritos por la psiquiatra tratante. Así mismo, que continuara prestándole el tratamiento integral que se le prescribió y todo lo que posibilitara el restablecimiento de su salud mental; para lo cual se le concedió a la entidad el término de 48 horas.

El 15 de enero de 2015 la señora Luz Marina allegó escrito solicitando iniciar un incidente de desacato, pues hasta ese momento no se había dispuesto la autorización y efectivización del servicio ordenado, incumpliéndose entonces el fallo de tutela.

Luego de surtirse los requerimientos propios de un incidente de desacato, el 21 de octubre de 2015 el Juez de conocimiento dispuso el archivo del trámite, por cuanto la entidad accionada informó que autorizó el servicio solicitado por la señora Luz Marina en una institución ubicada en Cartago, pero ella no había hecho uso del mismo porque no contaba con la capacidad económica para costear el transporte hacia ese lugar; situación que se escapaba de lo amparado en el fallo de tutela.

El 4 de abril del año 2016 la señora Luz Marina solicitó nuevamente iniciar incidente de desacato, pues la accionada no había autorizado la internación de su hijo en un centro de rehabilitación adecuado para el manejo de sus trastornos mentales.

Así las cosas, se emitió un requerimiento previo el 18 de abril de 2016, en el cual se ofició al Dr. Albert Cristian Herrera en su calidad de Director de la Sede en Risaralda de Asmet Salud EPS para que diera cumplimiento al fallo de tutela relacionado; y posteriormente, el 5 de mayo dispuso requerir al Dr. Gustavo Adolfo Aguilar Vivas Presidente de esa entidad, como Superior Jerárquico.

El 26 de mayo de 2016 el Dr. WILMAN ARBEY MONCAYO ARCOS, actuando como apoderado judicial del Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS, allegó documentación en la cual manifestó haberse intentado comunicar con la accionante en el abonado telefónico 32069724158 pero no fue posible, y no cuentan con más datos de ubicación, así mismo, señalaron que el 4 de abril se generó autorización para la internación del agenciado durante 3 días en el Hospital Mental Universitario de Risaralda.

El 22 de Julio del 2016 el Juzgado de conocimiento elevó constancia sobre la presentación personal que la señora LUZ MARINA GIRALDO PÉREZ hiciera en el Juzgado, aludiendo que la entidad accionada continuaba sin dar cumplimiento al fallo de tutela y que actualmente su hijo se encontraba recluido en el establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario de Pereira.

El 25 de Julio de 2016 el Juez de conocimiento ordenó la Apertura Formal del Incidente de Desacato, ateniéndose a lo regulado por el artículo 27 del decreto 2591 de 1991, por lo anterior se ofició al Dr. ALBERT CRISTIAN HERRERA en su calidad de Director Sede Risaralda y a su superior jerárquico, el Dr. GUSTAVO AGUILAR VIVAS en su calidad de Presidente, ambos funcionarios de la EPS ASMET SALUD.

**INCIDENTE DE DESACATO**

Agotado el trámite incidental, mediante auto del 23 de Agosto de 2016, el A-quo decidió sancionar con arresto de tres (3) días y multa de un (1) SMLMV, al Dr. ALBERT CRISTIAN HERRERA en su calidad de Director Sede Risaralda y a su superior jerárquico, el Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS en su calidad de Presidente, ambos funcionarios de la EPS ASMET SALUD, por su desacato a la sentencia de tutela proferida el 29 de Diciembre 2014 y ordenó la consulta de la decisión que hoy ocupa la atención de la Magistratura.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia:**

La Sala se encuentra funcionalmente habilitada para revisar y decidir sobre la juridicidad de esta decisión, de conformidad con los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991.

**2. Problema Jurídico Planteado:**

Le corresponde determinar a esta Corporación si la providencia consultada se encuentra ajustada a derecho, para lo cual debe establecer si la entidad accionada incurrió en desacato y en caso afirmativo proceder de conformidad.

**3. Del caso concreto:**

A efecto de dirimir el problema materia de estudio, es necesario hacer alusión a las figuras jurídicas del Desacato, la Sanción y su Consulta, contempladas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, el cual establece un mecanismo disuasivo que impone a la parte demandada en sede de tutela, el deber de dar cumplimiento íntegro al fallo proferido por razón de la misma, para que lo resuelto no se quede en el limbo, pues en el evento de que la orden no sea atendida, el funcionario constitucional de conocimiento tiene la potestad de imponer las sanciones estipuladas en la ley. Al respecto ha dicho la Honorable Corte Constitucional:

*“El cumplimiento de las órdenes judiciales representa uno de los aspectos centrales del Estado social de derecho porque es el pronunciamiento de la autoridad competente que por medio de la aplicación de la Constitución y la Ley define la situación jurídica en una controversia. Del cumplimiento de los fallos depende la confianza, el respeto, la convivencia pacífica y el legítimo uso de la autoridad en una sociedad democrática. Por ello, la reglamentación de la acción de tutela tiene previsto un procedimiento para cuando los fallos tomados en uso de esa acción ciudadana los jueces puedan hacer efectivas las órdenes dadas para proteger de manera efectiva y eficaz los derechos fundamentales de las personas. Si tales mecanismos no existieran, las órdenes de los jueces podrían quedar como un mero pronunciamiento inútil, huero e ineficaz… [[1]](#footnote-1)*

 *…el juez encargado de hacer cumplir el fallo podrá (así lo indica el Decreto 2591/91, art.27) sancionar por desacato. Es pues una facultad optativa muy diferente al cumplimiento del fallo y que en ningún momento es supletoria de la competencia para la efectividad de la orden de tutela. Pueden, pues, coexistir al mismo tiempo el cumplimiento de la orden y el tramite del desacato, pero no se pueden confundir el uno (cumplimiento del fallo) con el otro (el trámite de desacato)" [[2]](#footnote-2).*

En lo correspondiente a los límites, deberes y facultades del juez de primera instancia, el cual está obligado a hacer cumplir la sentencia de tutela y sancionar su desobediencia, ha indicado:

*“(…) el objeto del incidente de desacato es “sancionar con arresto y multa, a quien desatienda las órdenes o resoluciones judiciales que se han expedido para hacer efectiva la protección de derechos fundamentales, a favor de quien o quienes han solicitado su amparo”. En otras palabras, el objeto del incidente no es la imposición de la sanción en sí misma, sino proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado. Así, la sanción es concebida como una de las formas a través de las cuales el juez puede lograr el cumplimiento de la sentencia de tutela cuando la persona obligada ha decidido no acatarla…*

*Respecto a los límites, deberes y facultades del juez de tutela que conoce del incidente de desacato y en virtud de lo que hasta ahora ha sido señalado, debe reiterarse que el ámbito de acción del juez está definido por la parte resolutiva del fallo correspondiente. Por lo tanto, es su deber verificar: (1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa (conducta esperada)[[3]](#footnote-3).*

*Adicionalmente, el juez del desacato debe verificar si efectivamente se incumplió la orden impartida a través de la sentencia de tutela y, de existir el incumplimiento, debe identificar si fue integral o parcial. Una vez verificado el incumplimiento debe identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada. Finalmente, si existe responsabilidad deberá imponer la sanción adecuada - proporcionada y razonable- a los hechos.*

*Al momento de evaluar si existió o no el desacato, el juez debe tener en cuenta circunstancias excepcionales de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad absoluta jurídica o fáctica para cumplir, las cuales deben estar siempre avaladas por la buena fe de la persona obligada. En este sentido, conviene recordar que la Corte ya ha señalado que no se puede imponer una sanción por desacato: (i) cuando la orden impartida por el juez de tutela no ha sido precisa -porque no se determinó quien debe cumplirla o su contenido es difuso-; (ii) cuando el obligado de buena fe quiere cumplir la orden pero no se le ha dado la oportunidad de hacerlo (…)”*[[4]](#footnote-4)

El incidente de desacato es entonces, el procedimiento ágil para hacer efectivos los derechos reconocidos y protegidos a través de la tutela, mediante la amenaza de una sanción en caso de renuencia del accionado a acatar la decisión, y su trámite debe respetar ante todo el derecho de defensa y la presunción de inocencia del incidentado. Igualmente debe demostrarse en dicho incidente la desobediencia de la persona al cumplimiento de la sentencia, sin poderse presumir la responsabilidad.

La decisión del juez de tutela cuando conlleva la imposición de una sanción debe ser consultada ante su superior funcional, lo que indica que ésta no puede ser ejecutada hasta tanto exista un pronunciamiento de segundo grado que verifique la legalidad y legitimidad de la misma y consolide la aniquilación de la presunción de inocencia a través de la comprobación de la responsabilidad en cabeza del funcionario sancionado.

Sobre este punto ha fijado su criterio la Corte Constitucional:

*“(…) La correcta interpretación y alcance del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, parcialmente demandado de inexequibilidad, no puede ser otro que el que se deduce de su tenor literal y del sentido natural y obvio de sus palabras: es decir, consagra un trámite incidental especial, que concluye con un auto que nunca es susceptible del recurso de apelación, pero que si dicho auto es sancionatorio, debe ser objeto del grado de jurisdicción llamado consulta, cuyo objeto consiste en que el superior jerárquico revise si está correctamente impuesta la sanción, pero que en sí mismo no se erige como un medio de impugnación. Y ello es así por cuanto el trámite de la acción de tutela es un trámite especial, preferente y sumario que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales, lo cual implica una especial relevancia del principio de celeridad (…)”*[[5]](#footnote-5).

De allí, en el presente asunto se tiene que el Juez de primer grado tuteló el derecho fundamental a la salud del Sr. CARLOS EDUARDO ARIAS GIRALDO y en consecuencia ordenó a la EPS ASMET SALUD que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo procediera a autorizar y garantizar la internación en comunidad terapéutica cerrada al Sr. CARLOS EDUARDO ARIAS GIRALDO, en un centro de rehabilitación adecuado para el manejo de los trastornos mentales que padece y que se derivan del abuso de sustancia psicoactivas, en los términos prescritos por la psiquiatra tratante. Así mismo, deberá continuar prestándole el tratamiento integral que médicamente se le prescriba y lo que posibilite el restablecimiento de su salud mental.

El 4 de Abril del 2016, tras el archivo de un trámite incidental igualmente solicitado por la parte accionante, la Sra. LUZ MARINA GIRALDO PÉREZ actuando como agente oficiosa del Sr. CARLOS EDUARDO ARIAS GIRALDO solicitó nuevamente mediante escrito se iniciase un incidente de desacato, por encontrarse la entidad accionada en estado de indiferencia frente a lo ordenado en la sentencia de tutela del 29 de Diciembre del 2014, razón por la cual el señor Juez de conocimiento decidió emitir lo respectivos requerimientos a los funcionarios de la entidad accionada.

El 22 de Julio del 2016 el Juzgado de conocimiento elevó constancia en donde señaló que la la Sra. LUZ MARINA GIRALDO PÉREZ se hizo presente en las instalaciones del Juzgado para manifestar que la entidad accionada continuaba sin dar cumplimiento al fallo de tutela, igualmente hizo saber que él encontraba recluido en el establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario de Pereira (Fl. 115).

La situación culminó con el auto interlocutorio del 23 de Agosto de 2016, por medio del cual el Despacho de conocimiento ordenó sancionar al Dr. ALBERT CRISTIAN HERRERA en su calidad de Director Sede Risaralda y a su superior jerárquico, el Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS en su calidad de Presidente, ambos funcionarios de la EPS ASMET SALUD, por su incumplimiento a la sentencia de tutela referida.

El 1 de Septiembre del 2016, WILMAN ARBEY MONCAYO ARCOS actuando en calidad de Gerente Jurídico de la EPS ASMET SALUD allegó documentación en la cual manifiesta que en el historial de solicitudes y autorizaciones del Sr. CARLOS EDUARDO ARIAS GIRALDO no se observó solicitud pendiente alguna, por cuanto se encuentra retirado de ASMET SALUD EPS desde el 12 de Julio del presente año según certificado de la página del Fosyga (Fl. 142).

El 30 de Septiembre del 2016 se estableció comunicación telefónica con la Sra. LUZ MARINA GIRALDO PÉREZ, en su calidad de agente oficiosa de su Hijo, el Sr. CARLOS EDUARDO ARIAS GIRALDO, para que informara sobre la situación señalada en la constancia del 22 de Julio del 2016 expedida por el Juzgado de conocimiento, a lo cual respondió que efectivamente su Hijo se encuentra con detención intramural en el establecimiento penitenciario de Pereira (Fl. 150); aunado a ello, en consulta realizada el 9 de octubre de 2017, se logró constatar que el señor ARIAS GIRALDO, continúa como retirado de la entidad sancionada.

Con fundamento en las constancias atrás mencionadas, en las cuales la Sra. LUZ MARINA GIRALDO PÉREZ en su calidad de Agente Oficiosa de su Hijo, el Sr. CARLOS EDUARDO ARIAS GIRALDO, manifestó que este se encontraba en detención intramural, es evidente que a partir del momento en que el INPEC a través de la USPEC es quien está destinada al cuidado de los internos que tiene a su cargo y por consiguiente también es la destinada a realizar las acciones necesarias para que el Sr. CARLOS EDUARDO ARIAS GIRALDO reciba los servicios de salud que se requieran para el debido tratamiento de las patologías que padece; ello atendiendo lo dicho por el Ministerio de Salud y Protección Social, en la Circular No. 00000005 del 21 de Enero del 2016:

“*la financiación para la atención en salud de la población carcelaria a cargo del INPEC, está garantizada con los recursos del Fondo Nacional de salud de las Personas Privadas de la Libertad, cuya administración está en cabeza de la USPEC a través del consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015*”

Con todo lo dicho hasta acá, encuentra la Sala que desde mucho antes de la declaratoria de desacato por parte del A-quo, la entidad accionada se encontraba en imposibilidad de dar cumplimiento a lo que se le ordenó vía tutela, ello por cuanto en un primer momento fue la misma agente oficiosa del accionante quien no aceptó la atención que se brindó para su hijo, por cuanto le autorizaron los servicios terapéuticos en el vecino municipio de Cartago, a donde ella dijo no tener recursos económicos para trasladarlo, y posteriormente, porque el señor ARIAS GIRALDO, fue cobijado con medida de aseguramiento de detención intramural y con ello su atención médica pasó a ser responsabilidad de la entidad que le presta los servicios de salud a la población reclusa del país, lo que hace no solo imposible, sino inocua cualquier medida que adoptara ASMETSALUD EPSS para darle cumplimiento al fallo de tutela, ya que, aunque se emitieran las órdenes para que él fuera internado en un centro de rehabilitación para personas con problemas de adicción a los estupefacientes, a pesar de que se encuentra como desvinculado de esa EPSS, las mismas no se podrían cumplir, por cuanto desde el momento en que CARLOS EDUARDO fue privado de la libertad por orden judicial, las decisiones en torno a su lugar de reclusión, incluyendo el que sea o no un centro de salud mental, ya no estaba por cuenta de la EPSS sino del juez que lo condenó o del que se encuentre encargado de la vigilancia de su pena.

Así las cosas, no podemos perder de vista que la finalidad del trámite incidental de desacato, no es otra que el de hacer cumplir la decisión adoptada en la acción constitucional, siempre y cuando ello sea posible para la entidad incidentada, mas no desembocar ineludiblemente en una sanción.

Por lo tanto, en el presente asunto y atendiendo las circunstancias que lo rodearon y lo acontecido durante el trámite del mismos, se desdibuja la figura de la desobediencia judicial y es de justicia abstenerse de imponer cualquier tipo de sanción; en virtud de lo anterior la decisión consultada habrá de revocarse, puesto que los fundamentos fácticos y jurídicos que dieron lugar a su expedición fueron desnaturalizados por circunstancias ajenas.

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

**RESUELVE:**

**REVOCAR** la sanción impuesta el 23 de Agosto de 2016 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira al Dr. **ALBERT CRISTIAN HERRERA** en su calidad de Director Sede Risaralda y a su superior jerárquico, el Dr. **GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS** en su calidad de Presidente, ambos funcionarios de la EPS ASMETSALUD, acorde con lo motivado en precedencia.

Devolver la actuación al Juzgado de origen, para los fines consiguientes.

# CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. T-190 de 2002. [↑](#footnote-ref-1)
2. T-763 de 1998 [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencias T-553 de 2002 y T-368de 2005. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencias T-188 de 2002, T-368 de 2005 y T-1113 de 2005. La Sala Cuarta de Revisión concedió a la actora la protección invocada; por consiguiente dispuso que el Juez de primera instancia accionado, encargado de hacer cumplir el fallo, fallaría nuevamente el incidente de desacato *“atendiendo a los criterios constitucionales expuestos en la presente providencia”,* sin perjuicio de su deber de hacer cumplir la decisión, de todas maneras. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia C-243 de 1996 [↑](#footnote-ref-5)