**DESACATO / FINALIDAD / CUMPLIMIENTO DE LA ORDEN JUDICIAL / REQUERIMIENTO PREVIO DE CUMPLIMIENTO / REVOCA SANCIÓN /** “Finalmente, el 4 de Febrero de 2016 ANA MARÍA SARMIENTO VELASQUEZ actuando como Apoderada Judicial de la NUEVA EPS aportó documentación en la cual manifiesta haberse dado cumplimiento al fallo de tutela del 23 de Diciembre del 2014, por cuanto la NUEVA EPS a través de historia clínica del 14 de Enero del 2016 determinó que el paciente no tiene los criterios médicos para manejo por cuidador domiciliario 24 horas para actividades de asistencia no salud por auxiliar de enfermería, por otro lado, en el escrito se menciona que se autorizó la continuidad de entrega de los pañales desechables talla L (Fls. 77 al 86).”

**Citación jurisprudencial:** T-190 de 2002. / T-763 de 1998. / Sentencias T-553 de 2002 y T-368 de 2005. / Sentencias T-188 de 2002, y T-1113 de 2005. /

**---------------------------------------------------------------------**

**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, veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Hora: 7:15

Aprobado por Acta No. 854

*Radicación*: *66001-31-07-001-2014-00186-01*

*Accionante*: *Jesús María López Morales*

*Accionado*: *Nueva EPS*

*Procede*: *Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira*

**ASUNTO**

Revisa la Sala en grado jurisdiccional de consulta, la sanción impuesta el 10 de Diciembre de 2015 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira, en el trámite del incidente de desacato solicitado por la agente oficiosa del señor **JESÚS MARÍA LÓPEZ MORALES** contra la **NUEVA EPS**.

**ANTECEDENTES**

La Sra. LUZ PIEDAD LÓPEZ DIEZ actuando en calidad de agente oficiosa de su padre JESÚS MARÍA LÓPEZ MORALES interpuso acción de tutela en contra de la NUEVA EPS en busca de la protección de sus derechos fundamentales a la salud, trato digno y atención prioritaria, toda vez que su padre se encuentra postrado en una cama por padecer de un derrame cerebro vascular, trastorno deglutorio y Alzheimer, por lo cual requiere del suministro de ciertos insumos tales como: Cama hospitalaria, pañales, pañitos húmedos, crema anti pañalitis, visitas domiciliarias y una enfermera para su cuidado diario.

Mediante fallo de tutela del 23 de Diciembre del 2014, el Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira negó por improcedente la acción de tutela interpuesta en los términos que la parte accionante solicitó, concediendo parcialmente el amparo alegado, por lo que tuteló los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas del Sr. JESÚS MARÍA LÓPEZ MORALES, y le ordenó a la NUEVA EPS que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, practicara una valoración médica al Sr. LÓPEZ MORALES con el galeno especialista tratante de la patología que padece para que fuera él quien determinara si el paciente requería el servicio de una enfermera o cuidador, al igual que el de una cama hospitalaria y los demás insumos referidos en las pretensiones de la acción de tutela instaurada. En caso de que el médico tratante así lo estableciera, se dispuso que la entidad accionada debería ordenar la materialización de los mismos, siguiendo las instrucciones de calidad y regularidad señaladas por el señalado médico.

El día 20 de Febrero de 2015, la agente oficiosa del accionante, presentó escrito solicitando se iniciase el incidente de desacato, por cuanto la entidad accionada no estaba dando cumplimiento a la sentencia de tutela emitida el 23 de Diciembre del 2014. Razón por la cual el Juzgado de conocimiento procedió a emitir Requerimiento Previo de Desacato mediante auto del día 6 de Marzo del 2015, oficiando a la Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA en su calidad de Gerente Regional del Eje Cafetero de la NUEVA EPS, para que en el término de 48 horas informara sobre el cumplimiento del fallo de tutela y allegase constancia de ello.

El 7 de Septiembre del 2015, la señora López reiteró su queja, en razón de que inicialmente se le entregaron 360 pañales, pero que en la tercera entrega se le negaron al igual en la cuarta entrega, finalmente menciona que la entidad accionada ha hecho caso omiso a la orden de designación de una enfermera.

El 29 de Septiembre del 2015 el Juez de conocimiento emitió requerimiento al superior jerárquico de la funcionaria oficiada en el requerimiento previo, esto es al Dr. JOSÉ FERNANDO CORREA URIBE en su calidad de Presidente de la NUEVA EPS para que en el término de 48 horas adelantara los trámites para el acatamiento de la sentencia de tutela.

El 19 de Octubre del 2015 el Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira ateniéndose a lo regulado por el artículo 52 del decreto 2591 de 1991, dio Apertura Formal del Incidente de Desacato en contra de la Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA en su calidad de Gerente Regional del Eje Cafetero y a su superior jerárquico, el Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE en su calidad de Presidente, ambos funcionarios de la NUEVA EPS.

**INCIDENTE DE DESACATO**

Agotado el trámite incidental, mediante auto del 10 de Diciembre de 2015, el A-quo decidió sancionar con arresto de tres (3) días y multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, a la Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA en su calidad de Gerente Regional del Eje Cafetero y a su superior jerárquico, el Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE en su calidad de Presidente, ambos funcionarios de la NUEVA EPS, por su desacato a la sentencia de tutela proferida el 23 de Diciembre del 2014 y se 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 negó por improcedente la acción de tutela en los términos solicitados, pero en aras de preservar los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del Sr. JESÚS MARÍA LÓPEZ MORALES ordenó a la NUEVA EPS que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, designe un médico tratante para que realice valoración médica al accionante y se determine si es requerido el servicio de una enfermera o cuidador, cama hospitalaria y el suministro de los insumos referidos en las pretensiones de la tutela interpuesta.

El 20 de Febrero del 2015 la Sra. LUZ PIEDAD LÓPEZ DIEZ actuando como agente oficiosa del Sr. JESÚS MARÍA LÓPEZ MORALES solicitó 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 23 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.

Situación que desencadenó en que mediante auto interlocutorio del 10 de Diciembre de 2015, el Despacho de conocimiento ordenara sancionar a la Dra. MARÍA LORENA SERNA MONTOYA en su calidad de Gerente Regional del Eje Cafetero y a su superior jerárquico, el Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE en su calidad de Presidente, ambos funcionarios de la NUEVA EPS, por su incumplimiento a la sentencia de tutela referida.

Finalmente, el 4 de Febrero de 2016 ANA MARÍA SARMIENTO VELASQUEZ actuando como Apoderada Judicial de la NUEVA EPS aportó documentación en la cual manifiesta haberse dado cumplimiento al fallo de tutela del 23 de Diciembre del 2014, por cuanto la NUEVA EPS a través de historia clínica del 14 de Enero del 2016 determinó que el paciente no tiene los criterios médicos para manejo por cuidador domiciliario 24 horas para actividades de asistencia no salud por auxiliar de enfermería, por otro lado, en el escrito se menciona que se autorizó la continuidad de entrega de los pañales desechables talla L (Fls. 77 al 86).

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, mas no desembocar ineludiblemente en una sanción, inclusive cuando la parte accionada procediera tardíamente al cumplimiento del mandamiento judicial.

Por lo tanto, 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 la actividad de la entidad accionada.

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

**RESUELVE:**

**REVOCAR** la sanción impuesta el 10 de Diciembre de 2015 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira a la Dra. **MARÍA LORENA SERNA MONTOYA** en su calidad de Gerente Regional del Eje Cafetero y a su superior jerárquico, el Dr. **JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE** en su calidad de Presidente, ambos funcionarios de la NUEVA EPS, 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

**MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ**

Secretaria

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)