**DESACATO / FINALIDAD / CUMPLIMIENTO DE LA ORDEN JUDICIAL / REQUERIMIENTO PREVIO DE CUMPLIMIENTO / REVOCA SANCIÓN /** “Finalmente, el 3 de Marzo de 2016 MONICA MARÍA OROZCO VELEZ actuando como representante del sancionado Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS, aportó documentación en la cual manifiesta que se dio cumplimiento al fallo de tutela del 17 de Noviembre del 2015, por cuanto la EPS ASMET SALUD realizó la respectiva asignación de la cita para realizar el procedimiento Hernorrafia Inguinal con Injerto o Prótesis SOD-Malla de Propileno el día 23 de Marzo del 2016 a las 8:00 p.m. en las instalaciones de la IPS Clínica San Rafael. (Fl. 20 al 36).”

**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: 7:05 a.m.

Aprobado por Acta No. 852

*Radicación*: *66001-31-09-002-2015-00163-01*

*Accionante*: *Miguel Gonzáles Rivera*

*Accionado*: *EPS Asmet Salud*

*Procede*: *Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Pereira*

**ASUNTO**

Revisa la Sala en grado jurisdiccional de consulta, la sanción impuesta el 19 de Febrero de 2016 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Pereira, en el trámite del incidente de desacato solicitado por la agente oficiosa del Sr. **MIGUEL GONZÁLES RIVERA** contra **EPS ASMET SALUD**.

**ANTECEDENTES**

La Sra. MARÍA YOLANDA TORRES actuando en calidad de agente oficiosa del Sr. MIGUEL GONZÁLES RIVIERA interpuso acción de tutela en contra de la EPS ASMET SALUD en busca de protección para sus derechos fundamentales, toda vez que el Sr. GONZÁLES RIVERA cuenta con 84 años de edad y le fue diagnosticado con una hernia inguinal unilateral, por lo que CAPRECOM le programó el procedimiento de herniorrafia inguinal con injerto o prótesis SOD, el 1 de Octubre del 2015 el paciente fue trasladado a la EPS ASMET SALUD dada la liquidación de Caprecom, esta última entidad le expuso que se abstendría de realizar el procedimiento que ya había sido ordenado y autorizado por CAPRECOM, aduciendo que se deberían de realizar nuevamente los exámenes y valoraciones. Con fundamento en lo anterior la parte accionante solicitó se ordenara a la EPS ASMET SALUD realizar al Sr. MIGUEL GONZÁLES RIVERA el procedimiento de herniografía inguinal con injerto o prótesis SOD, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante.

Mediante fallo de tutela del 17 de Noviembre del 2015, la Juez Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Pereira tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del Sr. MIGUEL GONZÁLES RIVERA, de esa manera le ordenó a la EPS ASMET SALUD que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, procediera a la programación y practica del procedimiento denominado herniografia inguinal con injerto o prótesis SOD al Sr. GONZÁLES RIVERA, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante. De igual manera ordenó brindarle una cobertura integral de la patología hernia inguinal unilateral o no especificada sin obstrucción ni gangrena que este padece y la desvinculación de la acción a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM.

El día 19 de Enero de 2016, la Sra. MARÍA YOLANDA TORRES actuando como agente oficiosa del Sr. MIGUEL GONZÁLES RIVERA presentó escrito solicitando se iniciase el incidente de desacato, por cuanto la entidad accionada no había dado cumplimiento a la sentencia de tutela emitida el 17 de Noviembre del 2015. Razón por la cual el Juzgado de conocimiento procedió a emitir Requerimiento Previo de Desacato y Requerimiento al Superior Jerárquico mediante auto en el mismo día, oficiando a la Dra. MÓNICA MARÍA OROZCO VÉLEZ en su calidad de Gerente Regional de Risaralda y a su superior jerárquico, el Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS en su calidad de Representante Legal, ambos funcionarios de la EPS ASMET SALUD.

El 1 de Febrero de 2016 el Juez de conocimiento ordenó la Apertura Formal del Incidente de Desacato, ateniéndose a lo regulado por el artículo 52 del decreto 2591 de 1991, por lo anterior se ofició a la Dra. MÓNICA MARÍA OROZCO VÉLEZ en su calidad de Gerente Regional de Risaralda y a su superior jerárquico, el Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS en su calidad de Representante Legal, ambos funcionarios de la EPS ASMET SALUD.

**INCIDENTE DE DESACATO**

Agotado el trámite incidental, mediante auto del 19 de Febrero de 2016, el A-quo decidió sancionar con arresto de tres (3) días y multa de doscientos veintiocho mil ochocientos noventa y ocho pesos ($228.898), a la Dra. MÓNICA MARÍA OROZCO VÉLEZ en su calidad de Gerente Regional de Risaralda y a su superior jerárquico, el Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS en su calidad de Representante Legal, ambos funcionarios de la EPS ASMET SALUD, por su desacato a la sentencia de tutela proferida el 17 de Septiembre 2015 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 la Juez de primer grado tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del Sr. MIGUEL GONZÁLES RIVERA 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 programar y practicar la herniorrafia inguinal con injerto o prótesis SOD, según lo prescribió el médico tratante, de igual manera ordenó a la entidad que brindara un tratamiento integral al Sr. GONZÁLES RIVERA.

El 19 de Enero del 2016 la Sra. MARÍA YOLANDA TORRES actuando como agente oficiosa del Sr. MIGUEL GONZÁLES RIVERA 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 17 de Noviembre del 2015, 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 19 de Febrero de 2016, el Despacho de conocimiento ordenara sancionar a la Dra. MÓNICA MARÍA OROZCO VÉLEZ en su calidad de Gerente Regional de Risaralda y a su superior jerárquico, el Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS en su calidad de Representante Legal, ambos funcionarios de la EPS ASMET SALUD, por su incumplimiento a la sentencia de tutela referida.

Finalmente, el 3 de Marzo de 2016 MONICA MARÍA OROZCO VELEZ actuando como representante del sancionado Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS, aportó documentación en la cual manifiesta que se dio cumplimiento al fallo de tutela del 17 de Noviembre del 2015, por cuanto la EPS ASMET SALUD realizó la respectiva asignación de la cita para realizar el procedimiento Hernorrafia Inguinal con Injerto o Prótesis SOD-Malla de Propileno el día 23 de Marzo del 2016 a las 8:00 p.m. en las instalaciones de la IPS Clínica San Rafael. (Fl. 20 al 36)

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 19 de Febrero de 2016 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Pereira a la Dra. **MÓNICA MARÍA OROZCO VÉLEZ** en su calidad de Gerente Regional de Risaralda y a su superior jerárquico, el Dr. **GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS** en su calidad de Representante Legal, ambos funcionarios de la EPS ASMET SALUD, 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)