**INCIDENTE DE DESACATO EN TUTELA / Finalidad del incidente / Revoca sanción por cumplimiento**

“De allí, en el presente asunto se tiene que la Juez de primer grado tuteló los derechos fundamentales de los cuales es titular la menor CATALINA AGUIRRE ZAPATA 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 suministrar y autorizar 150 pañales mensuales por un periodo de 3 meses, de igual manera ordenó a la entidad que brindara un tratamiento integral a la menor.”

(…)

“Finalmente, el 21 de Abril de 2016 WILMAN ARBEY MONCAYO ARCOS actuando como representante del Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS, aportó documentación en la cual manifiesta haber dado cumplimiento al fallo de tutela del 6 de Diciembre del 2012, por cuanto la EPS ASMET SALUD ya autorizó los insumos, tales como: pañales, pediasure y oxcarbamazepina (trileptal) en cantidad de 5 frascos. (Fl. 213 al 232). El Despacho trató de corroborar con la agente oficiosa de la menor accionante la efectiva entrega de esos insumos pero ello fue imposible tal como consta a folio 237 del cuaderno de incidente, por tanto en este asunto se deberá dar aplicación a los principios de veracidad y buena fe, y decir que efectivamente la entidad encartada cumplió con su deber para con su afiliada.”

**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.

Sentencia C-243 de 1996

-----------------------------------------------------------------------------------------------------------

**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, once (11) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Hora: 3:30 p.m.

Aprobado por Acta No. 932

*Radicación*: *66001-31-87-003-2012-00217-01*

*Accionante*: *Catalina Aguirre Zapata*

*Accionado*: *EPS Asmet Salud*

*Procede*: *Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira*

**ASUNTO**

Revisa la Sala en grado jurisdiccional de consulta, la sanción impuesta el 15 de Marzo de 2016 por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, en el trámite del incidente de desacato solicitado por la agente oficiosa de la menor **CATALINA AGUIRRE ZAPATA** contra **EPS ASMET SALUD**.

**ANTECEDENTES**

La Sra. DIANA MAGNOLIA GOMEZ GARCIA actuando en calidad de agente oficiosa de la menor CATALINA AGUIRRE ZAPATA interpuso acción de tutela en contra de la EPS ASMET SALUD en busca de protección para sus derechos fundamentales, toda vez que ella padece de agenesia de cuerpo calloso, ausencia de lóbulos parietales, temporales, trastorno de corteza frontal y epilepsia, razón por la que la médica genética le recetó 150 pañales desechables etapa IV, pero la Secretaría de Salud Departamental y la EPSS ASMETSALUD no accedieron a su suministro; por ello la parte accionante solicitó se ordenara a quien corresponda la autorización y entrega de pañales desechables.

Mediante fallo del 6 de Diciembre del 2012, el Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad local tuteló los derechos fundamentales de la menor Aguirre Zapata, 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 autorizar y suministrar 150 pañales mensuales por un periodo de 3 meses en favor de la menor; además de que le brindara una cobertura integral para las patologías que ella padece.

En el transcurso del tiempo la agente oficiosa de la accionante ha presentado en repetidas ocasiones solicitudes de incidente de desacato, las cuales se han extinto por el cumplimiento de la entidad accionada. (Fl. 56 al 62), (Fl. 94 al 115), (Fl. 117 al 127) y (Fl. 157 al 184).

El día 5 de Enero de 2016, la Sra. DIANA MAGNOLIA GOMEZ GARCIA actuando como agente oficiosa de la menor CATALINA AGUIRRE ZAPATA, presentó escrito solicitando se iniciase Incidente de Desacato, por cuanto la entidad accionada no había dado cumplimiento a la sentencia de tutela emitida el 6 de diciembre del 2012, ya que la EPSS se negaba a suministrarle los pañales y el pediasure que la menor requiere. Razón por la cual el Juzgado de conocimiento procedió a emitir Requerimiento Previo de Desacato mediante auto del 26 de enero de 2016, oficiando al Gerente de la EPSS ASMET SALUD.

El 4 de Febrero del 2016, el Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad según lo enunciado en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 procedió a emitir requerimiento al Superior Jerárquico del funcionario vinculado inicialmente para el cumplimiento de la providencia, requiriendo entonces al Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS en su calidad de Gerente General de ASMET SALUD EPS con la finalidad de que procediera con el cumplimiento de la sentencia de tutela.

El 3 de Marzo 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 al Dr. PEDRO PABLO ZAPATA en su calidad de Gerente Seccional y a su superior jerárquico, el Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS en su calidad de Gerente General, ambos funcionarios de la EPS ASMET SALUD.

**INCIDENTE DE DESACATO**

Agotado el trámite incidental, mediante auto del 15 de Marzo de 2016, el A-quo decidió sancionar con arresto de tres (3) días y multa de cinco (5) SMLMV, al Dr. PEDRO PABLO ZAPATA en su calidad de Gerente Seccional y a su superior jerárquico, el Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS en su calidad de Gerente General, ambos funcionarios de la EPS ASMET SALUD, por su desacato a la sentencia de tutela proferida el 6 de Diciembre del 2012 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 de los cuales es titular la menor CATALINA AGUIRRE ZAPATA 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 suministrar y autorizar 150 pañales mensuales por un periodo de 3 meses, de igual manera ordenó a la entidad que brindara un tratamiento integral a la menor.

El 5 de Enero del 2016 la Sra. DIANA MAGNOLIA GOMEZ GARCIA actuando como agente oficiosa de la menor CATALINA AGUIRRE ZAPATA 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 6 de Diciembre del 2012, 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 15 de marzo de 2016, el Despacho de conocimiento ordenara sancionar al Dr. PEDRO PABLO ZAPATA en su calidad de Gerente Regional Seccional y a su superior jerárquico, el Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS en su calidad de Gerente General, ambos funcionarios de la EPS ASMETSALUD, por su incumplimiento a la sentencia de tutela referida.

Finalmente, el 21 de Abril de 2016 WILMAN ARBEY MONCAYO ARCOS actuando como representante del Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS, aportó documentación en la cual manifiesta haber dado cumplimiento al fallo de tutela del 6 de Diciembre del 2012, por cuanto la EPS ASMET SALUD ya autorizó los insumos, tales como: pañales, pediasure y oxcarbamazepina (trileptal) en cantidad de 5 frascos. (Fl. 213 al 232). El Despacho trató de corroborar con la agente oficiosa de la menor accionante la efectiva entrega de esos insumos pero ello fue imposible tal como consta a folio 237 del cuaderno de incidente, por tanto en este asunto se deberá dar aplicación a los principios de veracidad y buena fe, y decir que efectivamente la entidad encartada cumplió con su deber para con su afiliada.

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 15 de Marzo de 2016 por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira al Dr. **PEDRO PABLO ZAPATA** en su calidad de Gerente Seccional y a su superior jerárquico, el Dr. **GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS** en su calidad de Gerente General, 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)