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. : 66594 3189 001 2009 00006 03

Accionante: ELIANA PATRICIA OROZCO RIVERA

Accionados:      EPS ASMET SALUD

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: INCIDENTE DE DESACATO / ORDEN CUMPLIDA.** [V]ía telefónica la señora Eliana Patricia le informó a este Despacho que la EPSS, días después de que se emitiera la sanción de desacato, procedió a hacerle entrega de los repuestos que se requerían para los audífonos de su hija y que le han venido suministrando lo que se le ha solicitado (Fl.4) 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, de acuerdo a lo informado por la agente oficiosa de la menor MIREYA STAFANY ARICAPA OROZCO, debe decirse que en el presente asunto se desdibuja la figura de la desobediencia judicial, por ende es de justicia abstenerse de convalidar cualquier tipo de sanción; en virtud de lo anterior la decisión consultada, aunque en su momento fue acertada, habrá de revocarse, puesto que los fundamentos fácticos y jurídicos que dieron lugar a su expedición se desnaturalizaron por la actividad de la entidad accionada.

**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: 8:00 a.m.

Aprobado por Acta No. 1101

*Radicación*: *66594 3189 001 2009 00006 03*

*Accionante*: *Mireya Estefany Aricapa Orozco rep. Por Eliana Patricia Orozco Rivera*

*Accionado*: *EPS Asmet Salud*

*Procede*: *Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía-Risaralda*

**ASUNTO**

Revisa la Sala en grado jurisdiccional de consulta, la sanción impuesta el 21 de octubre de 2016 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía-Risaralda, en el trámite del incidente de desacato solicitado por la señora ELIANA PATRICIA OROZCO RIVERA, quien actúa dentro del presente asunto como agente oficiosa de su menor hija **MIREYA STEFANY ARICAPA OROZCO** contra la **EPSS ASMETSALUD**.

**ANTECEDENTES**

La señora Eliana Patricia Orozco Rivera, actuando en representación de su menor hija **MIREYA STEFANY ARICAPA OROZCO** interpuso acción de tutela en contra de la EPSS ASMETSALUD en busca de protección de sus derechos fundamentales, ya que padece problemas renales, lo que le ha ocasionado otros problemas de salud como fiebre constante y dolores, razón por la cual ordenaron le fueran practicados exámenes de *“cistouretrografía miccional y gamagrafía dmsa renal*”, además de una valoración por nefrología y fonoaudiología; los cuales solicitó a la EPSS pero le fueron negados.

De allí que con fallo de tutela del 6 de febrero de 2009, el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía-Risaralda, tutelara sus derechos y le ordenara a la EPSS ASMET SALUD que en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, procediera a realizar todas las labores administrativas necesarias para que a la menor ARICAPA OROZCO le fueran autorizados tanto los exámenes como las valoraciones por especialista que requería, lo cual debía de llevarse a cabo dentro de los 15 días siguientes a su autorización. No se le concedió el tratamiento integral para su patología. Sin embargo mediante fallo de tutela de segunda instancia del 23 de abril de 2009, se le otorgó el mismo para las patologías para las cuáles se habían ordenado los exámenes y las consultas con especialistas objeto de acción constitucional.

El 21 de septiembre de 2016, la señora Eliana Patricia presentó escrito solicitando se iniciase el incidente de desacato, por cuanto Asmetsalud EPSS no estaba dando cumplimiento a la sentencia de tutela atrás mencionada, ya que desde el 26 de agosto de 2016 la Fonoaudióloga solicitó se le suministraran a la menor *“dos snugfit small ref. z299520 para implante coclear nucleus cp 900 (sostenedores)”* sin que para esa fecha hubiesen sido autorizados y menos entregados. Razón por la cual el Juzgado de conocimiento procedió a emitir Requerimiento Previo de Desacato mediante auto del 27 de septiembre de 2016, oficiando a la Representante Legal de la Regional Risaralda de la EPS ASMET SALUD, para que informara las razones por las cuáles aún no se daba cumplimiento a la orden de tutela.

Como la requerida guardo silencio, el 9 de agosto de 2016 emitió requerimiento al superior jerárquico del funcionario oficiado en el requerimiento previo, por lo anterior se ofició al Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS en su calidad de Gerente General de la EPSS ASMET SALUD.

Para el día 12 de octubre de 2016 la entidad accionada aún no cumplía la orden tutelar y tampoco respondía a los requerimientos, el Despacho dio Apertura Formal al Incidente de Desacato, ateniéndose a lo regulado por el artículo 52 del decreto 2591 de 1991, en contra del Gerente General de la EPSS ASMETSALUD el Dr. Gustavo Adolfo Aguilar Vivas y de la Dra. Gloria Elena Posada en su calidad de Representante Legal Regional Risaralda de esa misma entidad, lo cual se les notificó mediante oficio.

**INCIDENTE DE DESACATO**

Agotado el trámite incidental, mediante auto del 21 de octubre de 2016, la A-quo decidió sancionar con arresto de un día y multa de un salario mínimo legal mensual vigente, a la Dra. GLORIA ELENA POSADA en su calidad de Representante Legal de la Regional Risaralda y al Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS como Gerente General, ambos funcionarios de la EPSS ASMET SALUD, por su desacato a la sentencia de tutela proferida el 6 de febrero de 2009 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 en el año 2009, tuteló los derechos fundamentales de la niña MIREYA STAFANY ARICAPA OROZCO y en consecuencia ordenó a la EPSS ASMETSALUD que le suministrara lo que se le había ordenado en ese momento, y en sede de segunda instancia se le concedió el tratamiento integral para sus patologías renales y fonoaudiológicas.

El 21 de septiembre de 2016, la señora Eliana Patricia, madre de la menor accionante, 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 de febrero del año 2009, razón por la cual el señor Juez de conocimiento decidió a emitir los respectivos requerimientos a los funcionarios de la entidad accionada, quienes no respondieron nada.

Situación que desencadenó en que mediante auto interlocutorio del 21 de octubre de 2016, el Despacho de conocimiento ordenara sancionar a la Dra. GLORIA ELENA POSADA en su calidad de Representante Legal de la Regional Risaralda y al Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS, Gerente General, ambos de la EPS ASMET SALUD, por su incumplimiento a la sentencia de tutela referida.

Finalmente, vía telefónica la señora Eliana Patricia le informó a este Despacho que la EPSS, días después de que se emitiera la sanción de desacato, procedió a hacerle entrega de los repuestos que se requerían para los audífonos de su hija y que le han venido suministrando lo que se le ha solicitado (Fl.4)

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, de acuerdo a lo informado por la agente oficiosa de la menor MIREYA STAFANY ARICAPA OROZCO, debe decirse que en el presente asunto se desdibuja la figura de la desobediencia judicial, por ende es de justicia abstenerse de convalidar cualquier tipo de sanción; en virtud de lo anterior la decisión consultada, aunque en su momento fue acertada, habrá de revocarse, puesto que los fundamentos fácticos y jurídicos que dieron lugar a su expedición se desnaturalizaron 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 21 de octubre de 2016 por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía-Risaralda a la **Dr. GLORIA ELENA POSADA** en su calidad de Representante Legal de la Regional Risaralda de la EPSS **ASMETSALUD** y al **Dr. GUSTAVO ADOLFO AGUILAR VIVAS** en su calidad de Gerente General de la misma entidad, 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)