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.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL– FAMILIA –DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

 Providencia : Auto – Incidente de desacato – 03 de mayo de 2017

 Proceso : Acción de Tutela – Impone sanción

Accionante (s) : Cristhian Camilo Herrera Rómulo

Presunto (s) infractor (es) : Director de Personal del Ejército Nacional y/o

 Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

 Acta número : 229 de 03-05-2017

 **Tema : RESPONSABILIDAD SUBJETIVA.** “[S]e ha incurrido en desacato por parte del Coronel Giovani Valencia Hurtado, en su calidad de Director de Personal del Ejército Nacional, puesto que los derechos fundamentales constitucionales que aparecían como violados por la renuencia de la entidad, siguen en igual estado de vulneración desde el 24-02-2017 cuando se profirió la sentencia constitucional y ello muestra que el cometido cardinal de este trámite se ha incumplido, como explica la doctrina[[1]](#footnote-1) sobre el tema: “*(…) no es suficiente el que las personas logren la protección de sus derechos fundamentales por vía de la acción de tutela, sino que además se le debe proveer de los mecanismos que hagan efectiva la orden proferida por el juez de tutela (…)”.* El resaltado es propio de esta Sala. Por lo tanto, se impondrán las sanciones consistentes en dos (2) días de arresto y multa de un (1) smmlv (Artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 y Acuerdo No.PSAA10-6979 de 2010 de la Sala Administrativa del CSJ).”.

Pereira, R., tres (3) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La Sala decidirá el incidente de desacato en contra del accionado, por el eventual incumplimiento de la sentencia, dentro del plazo referido por el fallo C-367 de 2014.

1. LA SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES RELEVANTES

Este Tribunal con sentencia del 24-02-2017 amparó a favor del señor Cristhian Camilo Herrera Rómulo los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y a la salud, por lo cual se ordenó al Director de Personal del Ejército Nacional, que dentro del improrrogable término de 48 horas, notificara al accionante, conforme los lineamientos legales del CPACA, la resolución OAP-EJC1595 de 27-05-2015, mediante la cual fue retirado de las fuerzas militares; también, que dispusiera la reactivación del servicio de salud; y, además, se dispuso que el Director de Sanidad del Ejército Nacional realizara la valoración y brindara tratamiento a la lesión que sufrió en combate (Folio 5 a 11, de este cuaderno)..

El 17-03-2017 el actor informó que el Director de Personal incumplió la orden de tutela porque nunca le notificó el acto administrativo, tan solo le remitieron documentos relacionados con el trámite de notificación y copia incompleta de la resolución. No hizo reparo alguno respecto de la Dirección de Sanidad (Folios 1 a 4, de este cuaderno). Dado lo anterior, con proveído del 21-03-2017 se requirió al incidentado (Folio 30, de este cuaderno), quien guardó silencio (Folio 33, ibídem).

Posteriormente, con auto del 27-03-2017 se dio apertura al incidente y se concedió término para contestar y pedir pruebas (Folio 34, ibídem), ante lo cual la DIPER informó que había cumplido con la orden de tutela (Folios 38 a 43, ibídem).

Luego, el 31-03-2017 se decretaron las pruebas que se estimaron pertinentes, la DIPER reiteró su respuesta (Folios 47 a 56, ib.); finalmente, con decisión del 20-04-2017 se requirió al accionante para que informará si la petición también estaba dirigida contra la Dirección de Sanidad Ejercitó y precisara las acciones u omisiones imputadas (Folio 65, ib.), pero guardo silencio (Folio 68, ib.).

1. DE LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA RESOLVER
	1. La competencia. Al tenor del inciso 2° del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 este Tribunal tiene la facultad para resolver sobre la posibilidad de imponer sanción. La Corporación cambia su postura y acoge el criterio plasmado por la CSJ[[2]](#footnote-2), en el sentido que este tipo de asuntos deben ser resueltos en Sala de Decisión.
	2. Las consideraciones de la sala
		1. Los aspectos objeto de acreditación en el incidente de desacato

Los elementos de fondo a resolver en el trámite incidental de desacato, a voces de la reiterada doctrina constitucional[[3]](#footnote-3), son:

… “(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y 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)”[[4]](#footnote-4). De existir 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”[[5]](#footnote-5).

Expone la profesora Catalina Botero M.[[6]](#footnote-6) que: *“(…) en el incidente de desacato es fundamental valorar la responsabilidad subjetiva del funcionario en el incumplimiento del fallo. De*

*comprobarse el incumplimiento, el juez debe identificar si éste fue integral o parcial, e igualmente debe identificar las razones por las cuales se produjo el incumplimiento.”;* más adelante agrega: *“De esa forma, podrá establecer si existe o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada, y definir las medidas necesarias para la efectiva protección del derecho. En la valoración de la responsabilidad, el juez debe tener en cuenta circunstancias excepcionales de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad jurídica o fáctica para cumplir la orden, y estas circunstancias deben estar avaladas por la buena fe de la persona obligada.”* Este criterio tiene fundamento jurisprudencial en múltiples fallos de la Corporación ya citada[[7]](#footnote-7).

Cabe resaltar que el trámite de incumplimiento y el de desacato, son instrumentos legales relacionados pero diferenciables, a saber:

21.- Las anteriores diferencias tienen varias consecuencias que ya han sido señaladas por la jurisprudencia constitucional.

En primer lugar, *“puede ocurrir que a través del trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato”[[8]](#footnote-8)* pues, como se vio, está previsto otro trámite en el cual el juez de tutela está facultado para adoptar *“todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento”* de su fallo (artículo 27 del decreto 2591 de 1991).

En segundo lugar, estas diferencias evidencian que *“todo desacato implica incumplimiento, pero no todo incumplimiento conlleva a un desacato”[[9]](#footnote-9)* ya que puede ocurrir que el juez de tutela constate, de forma objetiva, la falta de acatamiento de la sentencia de tutela pero ello no se deba a la negligencia del obligado -responsabilidad subjetiva-. En este caso, no habría lugar a la imposición de las sanciones previstas para el desacato sino a la adopción de“*todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento”* del fallo de tutela mediante un trámite de cumplimiento.

En tercer lugar, la existencia o la iniciación del incidente de desacato no excusa al juez de tutela de su obligación primordial del juez constitucional cual es la de hacer cumplir integralmente la orden judicial de protección de derechos fundamentales mediante el trámite de cumplimiento[[10]](#footnote-10).

En cuarto lugar también se ha aclarado que *“el trámite del cumplimiento del fallo no es un prerrequisito para el desacato”[[11]](#footnote-11)*  y por ello *“en forma paralela al cumplimiento de la decisión, es posible iniciar el trámite de desacato”[[12]](#footnote-12).* La sublínea y la versalita son ajenas al texto original.

La jurisprudencia de la CSJ[[13]](#footnote-13) en reiteradas y recientes decisiones que acogen el criterio de la CC, tiene dicho: *“(…) En eventos como el presente, en los que aún extemporáneamente se*

*acató el fallo, la Corte ha dejado sin efectos las sanciones que le fueron impuestas al incidentado bajo la óptica de que el fin perseguido con el trámite del desacato ya se cumplió, (…) ”,* luego citó a la Corporación[[14]](#footnote-14) referida: *“En caso de que se haya adelantado todo el trámite y resuelto sancionar por desacato, para que la sanción no se haga efectiva, el renuente a cumplir podrá evitar ser sancionado acatando (…)”.*

Conforme la jurisprudencia Constitucional[[15]](#footnote-15), el término para resolver un trámite incidental por desacato a fallo de tutela, no debe superar los diez días, contados desde su apertura;

sin embargo, existen situaciones excepcionalísimas, que permiten desbordar aquel plazo:

(i) por razones de necesidad de la prueba y para asegurar el derecho de defensa de la persona contra la cual se promueve el incidente de desacato, (ii) cuando exista una justificación objetiva y razonable para la demora en su práctica y (iii) se haga explícita esta justificación en una providencia judicial, el juez puede exceder el término del artículo 86 de la Constitución, pero en todo caso estará obligado a (i) adoptar directamente las medidas necesarias para la práctica de dicha prueba respetando el derecho de defensa y (ii) a analizar y valorar esta prueba una vez se haya practicado y a resolver el trámite incidental en un término que sea razonable frente a la inmediatez prevista en el referido artículo.

No sobra acotar lo reiterado por esa alta Corporación, en relación con el incidente de desacato[[16]](#footnote-16), donde indicó que *“(…) el principal propósito de este trámite se centra en conseguir que el obligado obedezca la orden impuesta en la providencia originada a partir de la resolución de un recurso de amparo constitucional (…)*”, de manera que, su finalidad *“(…)* *no es la imposición de una sanción en sí misma, sino que debe considerarse como una de las formas de buscar el cumplimiento de la respectiva sentencia (…)”*[[17]](#footnote-17)*.*

1. EL CASO CONCRETO MATERIA DE ANÁLISIS

Sea lo primero advertir que para la Sala no es del caso continuar con este trámite incidental frente a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, pese a que el petitorio se haya dirigido en su contra, pues es claro que el incidentante no le endilga omisión o amenaza alguna, inclusive, guardó silencio respecto al requerimiento que le hiciera; además, el plenario carece de prueba demostrativa de que se haya negado el servicio de salud dispuesto en el fallo; evidentemente solo se dirige frente a la Dirección de Personal del Ejército Nacional.

A partir de premisas jurídicas expuestas y que constituyen el tema de prueba, esto es: (i) A quién estaba dirigida la orden; (ii) Cuál fue el término otorgado para ejecutarla, y, (iii) Cuál es el alcance de la misma; se precisa determinar el cumplimiento o incumplimiento de la orden dada en la sentencia de tutela del 24-02-2017, que no fue recurrida.

De acuerdo con lo narrado por el actor, la DIPER solo atinó a remitirle, mediante escrito radicado No.20173130932353 del 03-03-2017, copia incompleta de la resolución de desvinculación, de la resolución de reconocimiento y pago de prestaciones sociales y de una citación para notificación personal que se le hizo el 05-10-2015 (Folios 1 a 28, ib.); por su parte, el director de la incidentada adujo que con el aludido escrito sí cumplió con la orden de tutela.

Revisada dicha misiva se tiene que solo sirvió para enviar copia auténtica del acto administrativo, tal como lo advirtió el accionante, inclusive, se lee *“(…) En los anteriores se da cumplimiento, indicando que este es un acto de trámite y contra él no procede recurso alguno, así como tampoco revive términos vencidos, ni agota la vía gubernativa (…)”* (Folios 13, 41 y 51, ib.) notoriamente contraría la decisión de amparo.

Sin duda lo anterior, da cuenta del obstinado incumplimiento del fallo de tutela, pues en el trámite del incidente de desacato, a pesar de los varios requerimientos, no se ofreció una respuesta que justificara las razones que dieron lugar a la inobservancia de la orden. Más bien se halla que la DIPER desconoce abiertamente el fallo dictado por esta Sala. Se dispuso que notificara la resolución y nunca que solo remitiera copia de ella; incluso, en la parte considerativa se puede leer *“(…) a partir de que se cumpla con la orden aquí impuesta al actor le asistirá la posibilidad de controvertir la decisión de retiro, (…), inclusive, agotar la vía contencioso administrativa (…)”* (folio 10, ib.).

Este trámite no está previsto para discutir temas relacionados con el reconocimiento de los derechos constitucionales, el accionado tuvo la oportunidad para hacerlo mientras se resolvía la acción de tutela, pero guardó silencio y tampoco recurrió la sentencia. De tal manera que los argumentos plasmados en sus respuestas se tornan extemporáneos ante una decisión ejecutoriada.

Vistas así las cosas, no queda alternativa diferente que declarar que se ha incurrido en desacato por parte del Coronel Giovani Valencia Hurtado, en su calidad de Director de Personal del Ejército Nacional, puesto que los derechos fundamentales constitucionales que aparecían como violados por la renuencia de la entidad, siguen en igual estado de vulneración desde el 24-02-2017 cuando se profirió la sentencia constitucional y ello muestra que el cometido cardinal de este trámite se ha incumplido, como explica la doctrina[[18]](#footnote-18) sobre el tema: “*(…) no es suficiente el que las personas logren la protección de sus derechos fundamentales por vía de la acción de tutela, sino que además se le debe proveer de los mecanismos que hagan efectiva la orden proferida por el juez de tutela (…)”.* El resaltado es propio de esta Sala.

Por lo tanto, se impondrán las sanciones consistentes en dos (2) días de arresto y multa de un (1) smmlv (Artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 y Acuerdo No.PSAA10-6979 de 2010 de la Sala Administrativa del CSJ).

1. LAS CONCLUSIONES

Acorde con lo expuesto, se impone (i) Declarar el desacato a la orden de tutela; (ii) Imponer las sanciones ya referidas, y, (iii) Abstenerse de continuar el trámite frente a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda,

Resuelve,

1. DECLARAR que se ha incurrido en desacato por parte del Coronel Giovani Valencia Hurtado, en su calidad de Director de Personal del Ejército Nacional, al fallo de tutela proferido por esta Sala el 24-02-2017.
2. IMPONER al mencionado como sanción dos (2) días de arresto y multa de un (1) smlmv. Multa que deberá ser consignada dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, a favor del CSJ en la cuenta DTN multas y cauciones efectivas No.3-0070-000030-4 del Banco Agrario.

En caso de no pagar en el plazo concedido, se remitirá copia de la providencia con sus respectivas constancias a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial local, con el fin de que se inicie el proceso de cobro coactivo.

1. ABSTENERSE de sancionar al Director de Sanidad del Ejército Nacional, según lo expuesto.
2. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
3. REMITIR a la Sala de Casación Civil de la CSJ, el presente trámite, para que se surta la consulta de la decisión aquí proferida.
4. ARCHIVAR de este trámite incidental, previas anotaciones en los libros radicadores, una vez agotado el trámite ante la CSJ.

Notifíquese,

*DUBERNEY GRISALES HERRERA*

*M A G I S T R A D O*

*EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.*

 *M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O*

*DGH/ODCD/2017*

1. CC. T-527 de 2012. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ, Sala Civil. STC463-2017. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-343 de 2011. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-553 de 2002 y T-368 de 2005. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-553 de 2002 y T-368 de 2005. [↑](#footnote-ref-5)
6. BOTERO M., Catalina. La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá DC, 2006, p.150. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-606 de 2011. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. Autos 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008 y 122 de 2006. En el mismo sentido la T-897 de 2008. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-171 de 2009. En el mismo sentido la sentencia T-1113 de 2005. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-939 de 2005, T-1113 de 2005, T-632 de 2006 y Autos 285 de 2008 y 122 de 2006. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. Auto 108 de 2005, 184 de 2006, 285 de 2008 y 122 de 2006. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-939 de 2005, T-897 de 2008 y los Autos 285 de 2008 y 122 de 2006. [↑](#footnote-ref-12)
13. CSJ, Civil. ATC101-2016, ATC1555-2016 y ATC3599-2016. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-421 del 2003. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. C-367 de 2014. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. Auto 181 de 2015. [↑](#footnote-ref-16)
17. CC. T-171 de 2009. [↑](#footnote-ref-17)
18. CC. T-527 de 2012. [↑](#footnote-ref-18)