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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: INCIDENTE DE DESACATO / FINALIDAD / EL INCUMPLIMIENTO DEBE OBEDECER A RAZONES SUBJETIVAS / ETAPA PROBATORIA EN EL INCIDENTE.**

… el cumplimiento de las órdenes que en ejercicio de la misma se imparten es perentorio, so pena de que, en caso de omisión, deban enfrentar las autoridades o los particulares a quienes se les imponen, las consecuencias propias de la misma, previstas ellas en el artículo 52 del Decreto 2591, bajo cuyo tenor se puede imponer arresto hasta por seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Tal omisión, sin embargo, debe obedecer a razones de orden subjetivo, es decir, que provengan del capricho, o de la manifiesta intención de sustraerse, sin una razón válida, del acatamiento de la orden del juez constitucional, lo cual debe ser valorado en cada caso, entre otras razones, porque la finalidad última del incidente es la satisfacción del derecho fundamental que se ha lesionado, antes que la sanción.

En esa dirección, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-034 de 2018… a la vez que reiteró consolidadas posiciones acerca de la finalidad del incidente de desacato, señaló:

“… la autoridad que adelante el incidente de desacato se debe limitar a verificar los siguientes aspectos: (i) a quién se dirigió la orden, (ii) en qué término debía ejecutarse, (iii) el alcance de la misma, (iv) si efectivamente existió incumplimiento parcial o integral de la orden dictada en la sentencia, y de ser el caso (v) cuáles fueron las razones por las que el accionado no obedeció lo ordenado dentro del proceso…” (…)

Descendiendo al caso concreto, en esta instancia pudo verificarse que a la usuaria aún no le han sido suministrados unos lentes bifocales, una solución para sus lentes de contacto y un medicamento denominado hidroxipropilmetilcelulosa cuyas prescripciones médicas reposan en el cartulario.

Esa circunstancia pone en evidencia la pasiva actitud que asumió la entidad encartada frente al cabal cumplimiento de lo ordenado, lo cual derivó en la sanción que ahora se analiza y que se avalará…

 Vale decir, que el debido proceso que le asiste al sancionado está incólume, pese a que el Juzgado en primera instancia pretermitió la etapa probatoria en el trámite incidental, esto en consideración al absoluto silencio de la entidad encartada que optó por no solicitar ninguna cuando tuvo la oportunidad; dicho de otro modo, no era indispensable el decreto de pruebas cuando era inexistente alguna por practicar.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTORA CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

… el grado jurisdiccional de consulta, respecto de la decisión que al desatar el incidente impone una sanción, tiene como finalidad proteger los derechos de las personas que se sancionan, en cuanto la pena va más allá del aspecto económico e incluye privación de la libertad, prerrogativa de rango fundamental que merece especial respeto y que obliga, por tanto, a verificar con suficiencia si efectivamente se cumplió o no lo establecido por el juez al conceder la tutela y si, además, el trámite pertinente se adelantó con sujeción al debido proceso y acatamiento del derecho de defensa de quien resulta sancionado. (…)

A mi juicio, las sanciones impuestas por el señor juez de primera sede no procedían.

En efecto, el incidente por desacato se tramitó con independencia del proceso en el que se dictó el fallo de tutela, y no a continuación del mismo como ha debido ser.

Del expediente, que se dice fue depurado, se remitieron solo algunas piezas procesales, de las que no es posible determinar quién es el funcionario de la entidad accionada que debe cumplir las órdenes impuestas en esa providencia, pues se dictó el 9 de julio de 2009, hace más de nueve años, y se desconoce si la persona que resultó sancionada, el señor Gustavo Adolfo Aguilar Vivas, era quien ejercía el cargo de representante legal de la entidad para aquel entonces; si fue a él a quien se le notificó el contenido de la sentencia y por ende, si conocía su contenido.

Se ignora además, si esa sentencia fue objeto de impugnación o de revisión por la Corte Constitucional y en consecuencia, si fue confirmada o si por el contrario, se revocó o sufrió alguna modificación.

Además, se configuró una causal de nulidad que por ser saneable debió ser puesta en conocimiento de las partes.

En efecto, el artículo 133 del Código General del Proceso estatuye en su numeral 5º que el proceso es nulo “Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria”.

En la providencia objeto de consulta, dijo la funcionaria de primer grado: “Se evidenció en estas diligencias, que a la accionante no se le ha suministrado la atención relacionada con la patología que fue objeto de la acción de tutela…”, pero no señalaron las pruebas que demostraban los servicios médicos que se le recomendaron y que dejó de prestar la entidad demandada. Es decir, se adoptó esa decisión sin fundamento probatorio alguno.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

 **SALA UNITARIA CIVIL - FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, marzo veintiséis del dos mil diecinueve

Expediente 66001-31-03-004-2009-00187-02

 Acta No. 112 del 26 de marzo del 2019

Decide la Sala sobre la consulta del auto proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito local el pasado 28 de febrero, por medio del cual se sancionó a **Gustavo Adolfo Aguilar Vivas**, representante legal de Asmet Salud EPS, con 10 días de arresto y multa de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por haber incumplido la orden impartida en la sentencia del 9 de julio del año 2009, en la acción de tutela que contra dicha entidad inició la señora **Nubia Gómez González.**

**ANTECEDENTES**

En el fallo aludido el Juzgado resolvió conceder la tutela invocada por la señora Nubia Gómez González en torno a su derecho a la salud, y le ordenó al representante legal de Asmet Salud EPS autorizar *“a la demandante la valoración con el especialista en Oftalmología y si este determina que se le debe practicar alguna cirugía a raíz del diagnóstico, dicha EPSS deberá realizársela y brindarle el tratamiento integral respecto al diagnóstico denominado Miopía Degenerativa Retinopatía Miópica*”[[1]](#footnote-1) (se destaca).

La accionante presentó un escrito en el que se hizo alusión al incumplimiento de lo ordenado en el fallo[[2]](#footnote-2), específicamente a la falta de suministro de los siguientes servicios médicos: (i) unas gotas para una infección en los ojos; (ii) unas gafas para luces potentes y (iii) un líquido para los lentes de contacto.

Frente a esa denuncia (i)el Juzgado dispuso requerir previamente a Gustavo Adolfo Aguilar Vivas, representante legal de Asmet Salud EPS[[3]](#footnote-3); (ii) luego, ante su hermetismo, se ordenó la apertura del trámite contra el citado funcionario[[4]](#footnote-4); finalmente y comoquiera que se estimó incumplido del mandato judicial, (iii) vino la aludida sanción, que ahora se consulta[[5]](#footnote-5).

 **CONSIDERACIONES**

  La acción de tutela se ha constituido en un referente social de trascendencia nacional, desde su ubicación constitucional en el año 1991. Tanta es su importancia, que el cumplimiento de las órdenes que en ejercicio de la misma se imparten es perentorio, so pena de que, en caso de omisión, deban enfrentar las autoridades o los particulares a quienes se les imponen, las consecuencias propias de la misma, previstas ellas en el artículo 52 del Decreto 2591, bajo cuyo tenor se puede imponer arresto hasta por seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Tal omisión, sin embargo, debe obedecer a razones de orden subjetivo, es decir, que provengan del capricho, o de la manifiesta intención de sustraerse, sin una razón válida, del acatamiento de la orden del juez constitucional, lo cual debe ser valorado en cada caso, entre otras razones, porque la finalidad última del incidente es la satisfacción del derecho fundamental que se ha lesionado, antes que la sanción.

En esa dirección, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-034 de 2018, además del tema central allí tratado, en la resolutiva incluyó una directriz al Consejo Superior de la Judicatura, para que difundiera ese fallo entre todos los despachos judiciales del país, con el fin de que se tomaran en cuenta las pautas trazadas cuando deban resolver los asuntos de desacatos u órdenes de amparo sometidas a su conocimiento. Y en tal providencia, a la vez que reiteró consolidadas posiciones acerca de la finalidad del incidente de desacato, señaló:

La tarea del juez que instruye un incidente de desacato consiste, entonces, en examinar si la orden proferida para la protección de un derecho fundamental fue cumplida, o no, por su destinatario, en la forma prevista en la respectiva decisión judicial[[6]](#footnote-6). Esto excluye que en el trámite del desacato puedan hacerse valoraciones o juicios que hayan sido objeto de debate en el respectivo proceso de tutela, pues ello implicaría reabrir una controversia que ya ha concluido, en detrimento de la seguridad jurídica y el principio de cosa juzgada[[7]](#footnote-7)*.*

En este orden de ideas, la autoridad que adelante el incidente de desacato se debe limitar a verificar los siguientes aspectos: (i) a quién se dirigió la orden, (ii) en qué término debía ejecutarse, (iii) el alcance de la misma, (iv) si efectivamente existió incumplimiento parcial o integral de la orden dictada en la sentencia, y de ser el caso (v) cuáles fueron las razones por las que el accionado no obedeció lo ordenado dentro del proceso[[8]](#footnote-8).

Empero, esta Corporación ha admitido en determinados eventos la posibilidad de que el juez instructor del desacato module las órdenes de tutela –particularmente tratándose de *órdenes complejas*[[9]](#footnote-9) en tanto no pueden materializarse inmediatamente y precisan del concurso de varios sujetos o entidades (v.gr. asuntos de política pública)– en el sentido de que incluya una orden adicional a la principal o modifique la misma en sus aspectos accidentales –es decir, en lo relacionado con las condiciones de tiempo, modo y lugar–, siempre y cuando ello sea imprescindible para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales amparados en sede de tutela, respetando el principio de cosa juzgada y sin alterar el contenido esencial de lo decidido originalmente, de conformidad con los siguientes parámetros o *condiciones de hecho*[[10]](#footnote-10):

1. Porque la orden original nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado, o lo hizo en un comienzo pero luego devino inane;
2. Porque implica afectar de forma *grave*, *directa*, *cierta, manifiesta* e *inminente* el interés público –caso en el cual el juez que resuelve modificar la orden primigenia debe *buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz–*;
3. Porque es *evidente* que lo ordenado *siempre* será *imposible* de cumplir.

Por otra parte, en el proceso de verificación que adelanta el juez del desacato, es menester analizar, conforme al principio constitucional de buena fe, si el conminado a cumplir la orden se encuentra inmerso en una circunstancia excepcional de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad absoluta jurídica o fáctica para conducir su proceder según lo dispuesto en el fallo de tutela. Bajo esa óptica, no habría lugar a imponer una sanción por desacato en los casos en que (i) la orden de tutela no ha sido precisa, porque no se determinó quién debía cumplirla o porque su contenido es difuso, y/o (ii) el obligado ha adoptado alguna conducta positiva tendiente a cumplir la orden de buena fe, pero no se le ha dado la oportunidad de hacerlo[[11]](#footnote-11).

En este contexto cobra vertebral importancia un juicio adecuado en torno a la *responsabilidad subjetiva* en cabeza del destinatario de la orden de tutela, pues no basta con constatar el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso para dar por supuesta una actitud indolente por parte del mismo[[12]](#footnote-12). Es por esto que se ha sostenido que “*al ser el desacato un mecanismo de coerción que surge en virtud de las facultades disciplinaria de los jueces a partir de las cuales pueden imponer sanciones consistentes en multas o arresto, éstas tienen que seguir los principios del derecho sancionador*”[[13]](#footnote-13).

De allí se desprende que corresponde a la autoridad competenteverificar si efectivamente existe una responsabilidad subjetiva en el incumplimiento de la orden judicial –lo que, a su vez, conlleva examinar si se da un nexo causal fundado en la culpa o el dolo entre el comportamiento del demandado y el resultado[[14]](#footnote-14)– pues si no hay contumacia o negligencia comprobadas –se insiste– no puede presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento y, por lo tanto, no es procedente la sanción[[15]](#footnote-15).

En la misma línea, es constante y reiterada la jurisprudencia constitucional en el sentido de que, por inscribirse en el ejercicio del poder jurisdiccional sancionatorio, la vía incidental del desacato exige una plena observancia del *debido proceso*, por lo que el juez instructor debe respetar las garantías de los involucrados y concentrarse en determinar en estricto derecho lo relativo al cumplimiento, toda vez que “[s]*i el incidente de desacato finaliza con decisión condenatoria, puede haber vía de hecho si no aparece la prueba del incumplimiento, o no hay responsabilidad subjetiva*”, al paso que “[s]*i el auto que decide el desacato absuelve al inculpado, se puede incurrir en vía de hecho si la absolución es groseramente ilegal*.”[[16]](#footnote-16)

La garantía del debido proceso en el marco del trámite incidental del desacato, ha sido caracterizada por vía jurisprudencial en los siguientes términos:

*“*[N]*o puede olvidarse que la observancia del debido proceso es perentoria durante el trámite incidental, lo cual presume que el juez, sin desconocer que debe tramitarse al igual que la tutela de manera expedita, no puede descuidar la garantía del derecho al debido proceso y el derecho de defensa. Debe (1) comunicar al incumplido sobre la iniciación del mismo y darle la oportunidad para que informe la razón por la cual no ha dado cumplimiento a la orden y presente sus argumentos de defensa. Es preciso decir que el responsable podrá alegar dificultad grave para cumplir la orden, pero sólo en el evento en que ella sea absolutamente de imposible cumplimiento, lo cual debe demostrar por cualquier medio probatorio; así mismo, debe (2) practicar las pruebas que se le soliciten y las que considere conducentes son indispensables para adoptar la decisión; (3) notificar la decisión; y, en caso de que haya lugar a ello, (4) remitir el expediente en consulta ante el superior.*” [[17]](#footnote-17)

Acerca de la *finalidad* que persigue el incidente de desacato, la postura que de vieja data ha acogido la Sala Plena de esta Corte y que se ha mantenido es que, si bien una de las consecuencias derivadas de este trámite incidental es la imposición de sanciones por la desobediencia frente a la sentencia, su auténtico propósito es lograr el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada[[18]](#footnote-18); de suerte que no se persigue reprender al renuente por el peso de la sanción en sí misma[[19]](#footnote-19), sino que ésta debe entenderse como una forma para inducir que aquel encauce su conducta hacia el cumplimiento, a través de una medida de reconvención cuya objetivo no es otro que auspiciar la eficacia de la acción impetrada y, con ella, la reivindicación de los derechos quebrantados[[20]](#footnote-20).

En consecuencia, cuando en el curso del incidente de desacato el accionado se persuade a cumplir la orden de tutela, no hay lugar a la imposición y/o aplicación de la sanción:

“[L]*a imposición o no de una sanción dentro del incidente puede implicar que el accionado se persuada o no del cumplimiento de una sentencia. En efecto, en caso de que se inicie el incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desacatado lo ordenado por el juez de tutela, quiera evitar la sanción, deberá acatar la sentencia.*

“*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*.”[[21]](#footnote-21)

Puede así presentarse una situación en la cual se evidencia la falta de ejecución de la orden de tutela sin que la subsistencia de la amenaza o vulneración pueda enrostrársele al accionado, caso en el cual el juez constitucional –que mantiene su competencia hasta que los derechos amparados sean restablecidos– deberá recurrir a otros métodos que propicien el cumplimiento efectivo sin que haya lugar amonestar al extremo pasivo. En esa dirección, esta Corte ha subrayado: “*‘todo desacato implica incumplimiento, pero no todo incumplimiento conlleva a un desacato’ 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.*”[[22]](#footnote-22)

Ahora bien: en el evento de que, tras comprobar el hecho objetivo del incumplimiento aunado a la responsabilidad subjetiva del obligado, el juez resuelva imponer las sanciones por desacato de arresto y/o multa previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, la decisión debe ser revisada por el superior funcional en grado jurisdiccional de consulta, el cual, como ya se anticipaba *ut supra*, no se trata de un recurso que se presente a petición de parte, sino de un control que opera automáticamente, con el fin de que la autoridad de nivel superior establezca la legalidad de la decisión adoptada por el inferior[[23]](#footnote-23).

Al evaluar el alcance de la decisión del juez que resuelve la consulta en el marco de un incidente de desacato, este Tribunal ha establecido que en esta etapa del trámite la autoridad competente deberá verificar los siguientes aspectos:

(i) si hubo incumplimiento y si este fue total o parcial, apreciando en ambos casos las circunstancias del caso concreto –la causa del incumplimiento– con el fin de identificar el medio adecuado para asegurar que se respete lo decidido.

(ii) si existe incumplimiento, deberá analizar si la sanción impuesta en el incidente de desacato es la correcta, en esta etapa, se corrobora que no haya una violación de la Constitución o de la Ley y que la sanción es adecuada, dadas las circunstancias específicas de cada caso, para alcanzar el fin que justifica la existencia misma de la acción de tutela, es decir, asegurar el goce efectivo del derecho tutelado por la sentencia.[[24]](#footnote-24)

A su vez, recordando que la finalidad última del incidente de desacato es la de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales objeto de amparo, la Corte ha admitido que en ciertas circunstancias el juez que conoce el grado jurisdiccional de consulta adicione lo resuelto por el *a quo* a través de medidas complementarias o ajustes tendientes a asegurar el cumplimiento de las órdenes de tutela, circunscrito eso sí a la parte resolutiva de la sentencia de tutela, pues no es este el escenario para abrir el debate previamente clausurado.

En síntesis: el incidente de desacato es un instrumento procesal para garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales amparados mediante la acción de tutela, que tiene lugar cuando el obligado a cumplir una orden de tutela no lo hace. En este trámite incidental, el juez constitucional, en ejercicio de sus potestades disciplinarias, puede sancionar con arresto o multa a quien con responsabilidad subjetiva desatienda las órdenes judiciales encaminadas a restaurar el derecho vulnerado, lo cual debe efectuarse con plena observancia del debido proceso de los intervinientes y dentro de los márgenes trazados por la decisión de amparo.

 Descendiendo al caso concreto, en esta instancia pudo verificarse[[25]](#footnote-25) que a la usuaria aún no le han sido suministrados unos lentes bifocales[[26]](#footnote-26), una solución para sus lentes de contacto[[27]](#footnote-27) y un medicamento denominado hidroxipropilmetilcelulosa[[28]](#footnote-28) cuyas prescripciones médicas reposan en el cartulario.

 Esa circunstancia pone en evidencia la pasiva actitud que asumió la entidad encartada frente al cabal cumplimiento de lo ordenado, lo cual derivó en la sanción que ahora se analiza y que se avalará también, por el silencio del funcionario convocado, pese a que fue notificado de todas las decisiones, en la dirección de correo electrónico institucional destinada para tal efecto[[29]](#footnote-29).

 Así se confirma al observar, verbigracia, que desde el requerimiento del 13 de febrero de este año, visible a folio 22 del cuaderno principal, y en las demás providencias que se emitieron en el trámite, se individualizó a Gustavo Adolfo Aguilar Vivas en calidad de Representante legal de Asmet Salud E.P.S., para que se pronunciara sobre el incumplimiento al fallo, frente a lo cual omitió pronunciarse, pese a que, y se insiste en ello, todos los autos se le notificaron en debida forma.

 En consecuencia, están dados todos los presupuestos que la Corte señala en el proveído transcrito. Por una parte, está claro que (i) la obligación de satisfacer los requerimientos de la accionante era clara y se descargó específicamente en el representante legal de la entidad; (ii) ordenados por el médico tratante, no se han dispensado; (iii) ninguna razón que justifique la omisión se ha planteado y el incumplimiento se mantiene, dado que, ni siquiera con el requerimiento que en esta sede se hizo, se logró que se acatara el fallo.[[30]](#footnote-30)

 Y por la otra, la responsabilidad del representante legal es subjetiva, pues aunque se conoce bien del complejo problema que existe en el sistema de salud, ello no justifica que a los asociados se les mantenga en una permanente incertidumbre sobre sus derechos fundamentales; mucho menos, que una entidad que tiene a cargo la prestación de un servicio público desdeñe la labor de los jueces constitucionales en este tipo de incidentes, e incluso en las acciones de tutela, que lo único que refleja es un desinterés para el cumplimiento de las órdenes que se les imparten.

 Por tanto, vencidos todos los plazos que ya se han otorgado a la autoridad demandada, sin que se obrara de conformidad, tal como lo confirma la accionante[[31]](#footnote-31), no queda alternativa diferente a la de confirmar la sanción que se impuso en primer grado.

Vale decir, que el debido proceso que le asiste al sancionado está incólume, pese a que el Juzgado en primera instancia pretermitió la etapa probatoria en el trámite incidental, esto en consideración al absoluto silencio de la entidad encartada que optó por no solicitar ninguna cuando tuvo la oportunidad; dicho de otro modo, no era indispensable el decreto de pruebas cuando era inexistente alguna por practicar.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil-Familia, **CONFIRMA** el auto proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, el 28 de febrero del 2019, por medio del cual se sancionó a **Gustavo Adolfo Aguilar Vivas**, representante legal de Asmet Salud EPS, con 10 días de arresto y multa de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por haber incumplido la orden impartida en la sentencia del 9 de julio del 2009, en la acción de tutela que contra dicha entidad inició la señora **Nubia Gómez González..**

Notifíquese esta decisión a las partes por el medio más expedito.

Los Magistrados,

 **JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Salvamento de voto

Pereira, marzo 29 de 2019

**SALVAMENTO DE VOTO**

Magistrado Ponente : Jaime Alberto Saraza Naranjo

Expediente No. : 66001-31-03-004-2009-00187-02

Proceso : Tutela (incidente por desacato)

Demandante : Nubia Gómez González

Demandado : Asmet Salud EPS

A continuación expongo las razones por las cuales me aparté de la decisión que por mayoría se aprobó y que quedó consignada en el auto del 26 de marzo de este año, por medio del cual se confirmó aquel proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, el 28 de febrero de 2018, en el que se impusieron sanciones pecuniaria y privativa de la libertad al señor Gustavo Adolfo Aguilar Vivas, representante legal de la entidad demandada, en el incidente por desacato que se adelantó en proceso de la referencia.

1. La Carta Política en su artículo 86 consagra la acción de tutela como un mecanismo con el que cuentan las personas para obtener protección efectiva de sus derechos constitucionales fundamentales, mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos que para el efecto establece la ley.

Configurada la vulneración de uno o varios de tales derechos, el juez de tutela profiere una orden de naturaleza imperativa, a efectos de brindar amparo a la persona víctima del agravio, la que debe ser obedecida de manera inmediata para terminar con el quebranto al orden constitucional.

El objeto del incidente de desacato es obtener que la persona obligada cumpla la orden que se le impartió en un fallo de tutela con la finalidad de hacer efectiva la protección de derechos fundamentales, cuando la persona obligada decide no acatarla.

En esas condiciones, debe entenderse como un mecanismo procesal que permite la materialización de la decisión adoptada en sede de tutela, porque no resulta suficiente que en las sentencias que se adopten en esa clase de procesos se protejan los derechos fundamentales del peticionario, sino que existan mecanismos para lograr su cumplimiento.

De otro lado, el grado jurisdiccional de consulta, respecto de la decisión que al desatar el incidente impone una sanción, tiene como finalidad proteger los derechos de las personas que se sancionan, en cuanto la pena va más allá del aspecto económico e incluye privación de la libertad, prerrogativa de rango fundamental que merece especial respeto y que obliga, por tanto, a verificar con suficiencia si efectivamente se cumplió o no lo establecido por el juez al conceder la tutela y si, además, el trámite pertinente se adelantó con sujeción al debido proceso y acatamiento del derecho de defensa de quien resulta sancionado.

Sobre el ámbito de acción del juez constitucional en el trámite de un incidente de desacato, ha enseñado la Corte Constitucional:

*“Sobre el particular se debe indicar que el juez que conoce el incidente de desacato, en principio, no puede modificar el contenido sustancial de la orden proferida en la sentencia de tutela objeto del desacato o redefinir los alcances de la protección concedida, salvo que dicha orden sea de imposible cumplimiento o que se demuestre su absoluta ineficacia para proteger el derecho fundamental amparado. Por esta razón, solo en ocasiones excepcionales y con la finalidad de asegurar la protección efectiva del derecho, el juez que resuelve el incidente de desacato o la consulta podrá proferir órdenes adicionales a las originalmente impartidas o introducir ajustes a la orden original, garantizando siempre el principio de la cosa juzgada.*

*“En suma, la labor del juez constitucional y su margen de acción en el trámite de un incidente de desacato estará siempre delimitada por lo dispuesto en la parte resolutiva del fallo correspondiente**[[32]](#footnote-32). Por esta razón, se encuentra obligado a verificar en el incidente de desacato “(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma”[[33]](#footnote-33). Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa…”[[34]](#footnote-34)*

A mi juicio, las sanciones impuestas por el señor juez de primera sede no procedían.

En efecto, el incidente por desacato se tramitó con independencia del proceso en el que se dictó el fallo de tutela, y no a continuación del mismo como ha debido ser.

Del expediente, que se dice fue depurado, se remitieron solo algunas piezas procesales, de las que no es posible determinar quién es el funcionario de la entidad accionada que debe cumplir las órdenes impuestas en esa providencia, pues se dictó el 9 de julio de 2009, hace más de nueve años, y se desconoce si la persona que resultó sancionada, el señor Gustavo Adolfo Aguilar Vivas, era quien ejercía el cargo de representante legal de la entidad para aquel entonces; si fue a él a quien se le notificó el contenido de la sentencia y por ende, si conocía su contenido.

Se ignora además, si esa sentencia fue objeto de impugnación o de revisión por la Corte Constitucional y en consecuencia, si fue confirmada o si por el contrario, se revocó o sufrió alguna modificación.

De esa manera las cosas, considero que se impuso condena privativa de la libertad y pecuniaria a la persona citada, con desconocimiento de las normas constitucionales y legales que mandan aplicar el debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas, sin que su pasivo comportamiento justifique imponerle las sanciones de que trata la providencia de la que me aparto, una de ellas, reitero, privativa de la libertad.

2. Además, se configuró una causal de nulidad que por ser saneable debió ser puesta en conocimiento de las partes.

En efecto, el artículo 133 del Código General del Proceso estatuye en su numeral 5º que el proceso es nulo *“Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria”.*

En la providencia objeto de consulta, dijo la funcionaria de primer grado*: “Se evidenció en estas diligencias, que a la accionante no se le ha suministrado la atención relacionada con la patología que fue objeto de la acción de tutela…”,* pero no señalaron las pruebas que demostraban los servicios médicos que se le recomendaron y que dejó de prestar la entidad demandada. Es decir, se adoptó esa decisión sin fundamento probatorio alguno.

Y la providencia que decreta pruebas ha debido dictarse, aunque el incidentado no haya solicitado alguna, pues de acuerdo con el artículo 164 del CGP, aplicable a esta clase de asuntos, toda decisión judicial debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

Por esa razón, tampoco comparto el argumento que contiene el auto que se aprobó por mayoría, según el cual, no se desconoció el derecho al debido proceso de quien a la postre resultó sancionado, porque ninguna solicitó y tampoco había alguna por practicar.

A mi juicio, han debido decretarse, de oficio, las documentales necesarias para al menos establecer cuáles eran los servicios ordenados a la demandante y que se dicen incumplidos por la demandada. A pesar de ello, sin decretar prueba alguna, en la providencia de este tribunal, se valoraron unos documentos que dan cuenta de las prescripciones médicas.

La Corte Suprema de Justicia, mediante auto de 25 de agosto de 2016, anuló una decisión proferida por esta Sala, entre otras razones, porque:

*“5. De otra parte, y sin perjuicio de lo anterior, téngase en cuenta que como el artículo 52 de la normativa citada prevé que la sanción debe imponerse mediante trámite incidental, el Tribunal debía acudir a las normas del estatuto procesal civil que regulan los incidentes, es decir, el artículo 137 de la ley adjetiva, que consagra lo siguiente:*

*»Los incidentes se propondrán y tramitarán así: 1. El escrito deberá contener lo que se pide, los hechos en que se funden y la solicitud de las pruebas que se pretenda aducir, salvo que éstas figuren ya en el proceso (…).*

*2. Del escrito se dará traslado a la otra parte por tres días, quien en la contestación pedirá las pruebas que pretenda hacer valer y acompañará los documentos y pruebas anticipadas que se encuentren en su poder, en caso de que no obren en el expediente.*

*3. Vencido el término del traslado, el juez decretará la práctica de las pruebas pedidas que se considere necesarias y de las que ordene de oficio, para lo cual señalará, según el caso, un término de diez días o dentro de él, la fecha y hora de la audiencia o diligencia; no habiendo pruebas qué practicar, decidirá el incidente.»*

Acorde con lo expuesto, no cabe duda para esta Corporación, que resultaba necesario que el Tribunal se pronunciara sobre la pertinencia, conducencia y relevancia de los medios probatorios aducidos por la promotora del trámite, antes de la emisión de la providencia sancionatoria, en cumplimiento del numeral 3º transcrito, o que de no ser necesario el decreto de pruebas, se motivara la determinación de omitir su realización, lo que en este *caso no sucedió.”[[35]](#footnote-35)*

Con todo respeto,

### CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

Magistrada

1. F. 7, C. 1 [↑](#footnote-ref-1)
2. F. 1 C.1 [↑](#footnote-ref-2)
3. F. 22 c.1 [↑](#footnote-ref-3)
4. F. 27 c.1 [↑](#footnote-ref-4)
5. F. 32 c.1 [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T-014 de 2009, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencias T-188 de 2002, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, T-421 de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra y T-512 de 2011, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia T-509 de 2013, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla [↑](#footnote-ref-8)
9. “[U]*na orden de tutela es simple cuando comprende una sola decisión de hacer o de abstenerse de hacer algo que se encuentra dentro de la órbita de control exclusivo de la persona destinataria de la orden y se puede adoptar y ejecutar en corto tiempo, usualmente mediante una sola decisión o acto. Por el contrario una orden de tutela es compleja cuando conlleva un conjunto de acciones u omisiones que sobrepasan la órbita de control exclusivo de la persona destinataria de la orden, y, con frecuencia, requieren de un plazo superior a 48 horas para que el cumplimiento sea pleno.*

“*La posibilidad de alterar las órdenes impartidas originalmente dentro de un proceso de tutela, tiene sentido, en especial, cuando el juez adoptó una orden compleja para asegurar el goce efectivo de un derecho. En estas situaciones el remedio adoptado suele enmarcarse dentro de una política pública del estado y puede significar plazos, diseños de programas, apropiación de recursos, elaboración de estudios o demás actividades que no puedan realizarse de forma inmediata y escapan al control exclusivo de la persona destinataria de la orden original. En ocasiones, por ejemplo, el juez de tutela se ve obligado a vincular a un proceso a varias autoridades administrativas, e incluso a particulares, para que todas las personas, conjuntamente, logren adoptar una serie de medidas necesarias para salvaguardar el goce efectivo del derecho*”. Sentencia T-086 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencias T-086 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa y T-1113 de 2005, M.P.: Jaime Córdova Triviño [↑](#footnote-ref-10)
11. Sentencias T-368 de 2005, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, T-1113 de 2005, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, T-171 de 2009, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto [↑](#footnote-ref-11)
12. Tal ha sido la línea definida por la Corte de tiempo atrás: “*Es pues el desacato un ejercicio del poder disciplinario y por lo mismo la responsabilidad de quien incurra en aquel es una responsabilidad subjetiva. Es decir que debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento*.” Sentencia T-763 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero [↑](#footnote-ref-12)
13. Sentencia T-171 de 2009, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto [↑](#footnote-ref-13)
14. Sentencia T-889 de 2011, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio [↑](#footnote-ref-14)
15. Sobre la ***responsabilidad subjetiva*** por parte del obligado en el trámite de incidente de desacato, la Corte ha fijado un precedente pacífico: sentencias T-763 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, T-553 de 2002, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, T-458 de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, T-459 de 2003, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, T-744 de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, T-939 de 2005, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, T-1113 de 2005, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, T-632 de 2006, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1243 de 2008, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, T-171 de 2009, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto, T-123 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, T-652 de 2010, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, T-512 de 2011, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, T-606 de 2011, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto, T-889 de 2011, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, T-010 de 2012, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, T-074 de 2012, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-280A de 2012, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-527 de 2012, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-1090 de 2012, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-185 de 2013, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, T-399 de 2013, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-482 de 2013, M.P.: Alberto Rojas Ríos, T-254 de 2014, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, C-367 de 2014, M.P.: Mauricio González Cuervo, T-271 de 2015, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, T-325 de 2015, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-226 de 2016, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, T-280 de 2017, M.P.: José Antonio Cepeda Amarís. [↑](#footnote-ref-15)
16. Sentencia T-458 de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra [↑](#footnote-ref-16)
17. Sentencia T-459 de 2003, M.P.: Jaime Córdoba Triviño [↑](#footnote-ref-17)
18. Sentencias C-092 de 1997, M.P.: Carlos Gaviria Diaz y C-367 de 2014, M.P: Mauricio González Cuervo [↑](#footnote-ref-18)
19. Sentencias T-421 de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, T-368 de 2005, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, T-1113 de 2005, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, T-171 de 2009, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto, T-652 de 2010, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, T-512 de 2011, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, T-074 de 2012, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-280A de 2012, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-482 de 2013, M.P.: Alberto Rojas Ríos, C-367 de 2014, M.P.: Mauricio González Cuervo, [↑](#footnote-ref-19)
20. Sobre la naturaleza de la sanción por desacato se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-092 de 1997, M.P.: Carlos Gaviria Diaz [↑](#footnote-ref-20)
21. Sentencias T-421 de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, T-171 de 2009, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto, T-652 de 2010, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, T-463 de 2011, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto, T-606 de 2011, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto, T-010 de 2012, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, T-074 de 2012, T-482 de 2013, M.P.: Alberto Rojas Ríos, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-509 de 2013, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla, C-367 de 2014, M.P.: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-21)
22. Sentencia T-606 de 2011, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto [↑](#footnote-ref-22)
23. Cfr. C-055 de 1993 y T-421 de 2003. [↑](#footnote-ref-23)
24. Sentencia T-086 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa [↑](#footnote-ref-24)
25. F. 14, c. 2 [↑](#footnote-ref-25)
26. F. 9, c. 1 [↑](#footnote-ref-26)
27. F. 14, C. 1 [↑](#footnote-ref-27)
28. F. 16, C. 1 [↑](#footnote-ref-28)
29. notificacnionesjudiciales@asmetsalud.org.co [↑](#footnote-ref-29)
30. F. 15, C. 2 [↑](#footnote-ref-30)
31. F. 4v c. 2. [↑](#footnote-ref-31)
32. Sentencia T-631 de 2008. [↑](#footnote-ref-32)
33. Sentencias T-553/02 y T-368/05. [↑](#footnote-ref-33)
34. Sentencia T-482 de 2013 [↑](#footnote-ref-34)
35. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de tutela del 25 de agosto de 2016. MP. Álvaro Fernando García Restrepo. Radicación No. 66001-22-13-000-2015-00242-03. [↑](#footnote-ref-35)