

LA INEJECUCIÓN DE LA SANCIÓN DE ARRESTO Y MULTA DENTRO DE UN INCIDENTE DE DESACATO POR EL INCUMPLIMIENTO AL FALLO DE TUTELA*

Recibido: 25 de enero de 2012 / Revisado: 06 de julio de 2012 / Aceptado: 14 de agosto de 2012

Juan Pablo Cueto Estrada**

Universidad de la Costa – Sede Sabanalarga

Puede citar el presente artículo así: / To reference this article:

Cueto, J. (2012). La inejecución de la sanción de arresto y multa dentro de un incidente de desacato por el incumplimiento al fallo de tutela. *Juridicas CUC*, 8 (1), 173 – 194.

Resumen

La inejecución de la sanción de arresto y multa dentro de un incidente de desacato es una herramienta novedosa para la comunidad académica jurídica y su aplicabilidad se da cuando existe un incumplimiento al fallo de tutela inicialmente, que luego se traduce en una medida correccional confirmada por el superior del juez de conocimiento. Los resultados de la investigación realizada apuntaron al establecimiento de los criterios o lineamientos que deben tener en cuenta los jueces constitucionales al momento de proferirla cuando se encuentren con una confirmación del desacato en segunda instancia; teniendo como asidero jurídico la jurisprudencia del Consejo de Estado y los diferentes pronunciamientos que se conocieron dentro del ejercicio de la representación de la EPS COOMEVA, concretamente once pronunciamientos, cuando se acudió al aparato judicial con la finalidad de exigir su aplicación inmediata en los diferentes juzgados de la Costa Atlántica, con la satisfacción de obtener un resultado favorable para la empresa; y no la utilización de otros medios de defensa (tutela por vía de hecho), sino uno más ágil y de menores traumatismos como los de la Inejecución.

Palabras clave:

Acción de tutela, incidente de desacato, inejecución, sanción de arresto y multa, derechos fundamentales.

* La presente investigación se realizó por iniciativa y financiación del autor.

** Abogado de la Universidad Libre Seccional Barranquilla (2009); Especialista en Derecho Administrativo (2013) de la misma alma mater; con estudios en Investigación y Docencia Universitaria de la Fundación Universitaria San Martín sede Caribe; Docente Catedrático en Derecho Laboral Individual I de la Universidad de La Costa de Barranquilla Sede Sabanalarga; y Analista Jurídico Regional de COOMEVA EPS S.A.

Non-enforcement of an arrest warrant serve and a fine in a case of contempt of court

Abstract

Hindering an arrest warrant serve and a fine in a case of contempt of court is a novel tool for legal scholars. Facing a first contemptuous failure to comply a writ for the protection of fundamental rights or tutela, this subsequently becomes a disciplinary measure confirmed by the judge who has jurisdiction over this matter. Research findings delineate the establishment of the criteria or guidelines Constitutional Judges must consider when pronouncing judgment about a contempt of court in the court of appeals based on the jurisprudence of Colombia's Council of State on the case of EPS COOMEVA. Eleven court pronouncements were taken into account when it was finally decided to resort to the Council in order to demand its immediate enforcement in the different courts of the Colombian Atlantic Coast, with the satisfaction of achieving a positive result for the company without any other defense means – e.g. a writ by the way of facts- than Non-enforcement, which is less traumatic and faster.

Keywords:

Writ for the protection of fundamental rights –tutela-, Contempt of court, Non-enforcement, Arrest warrant serve and fine, Fundamental rights.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo es importante para la colectividad jurídica, habida cuenta de que se aborda un tema poco desarrollado por la doctrina actual; incluso, desconocido para la comunidad académica. A partir de la investigación realizada se fijan algunos criterios para la procedencia de la novedosa figura de la inejecución.

La inejecución se desencadena o nace a la vida jurídica por el incumplimiento a un fallo de tutela, para ser más preciso el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 27 expresa lo siguiente:

Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora. Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

En ese sentido, la inejecución procede cuando se está frente a un incidente de desacato; es decir, existe una sanción de arresto y multa proferida por el Juez de primera instancia y confirmada por el Juez de segunda instancia; entonces, surgen las siguientes dudas: ¿Ante quién se presenta el escrito para que se decrete la inejecución? ¿Ante el juez que sancionó o ante el juez que confirmó? La respuesta es: ante el juez *A-quo* (sancionador). Es aquí donde la figura de la inejecución juega un papel medular y surge la duda de si el Juez que profiriere la sanción de arresto y multa, luego de que la misma se confirma, puede dentro de sus facultades decretar la inejecución; es decir, no librar los oficios de captura contra el representante legal, gerente, alcalde y director entre otros, y ejercer a su vez por parte del Consejo Superior de la Judicatura el cobro coactivo de la multa. De acuerdo con lo anterior, se pudo

determinar que sí puede decretarla el Juez, pero bajo unos criterios y pautas por seguir de acuerdo con la jurisprudencia que se citará en lo sucesivo.

Este artículo esboza los criterios que deben tener en cuenta los jueces constitucionales para proferir un auto en el que se decreta la inejecución de la sanción de arresto y multa por haber dado cumplimiento la entidad accionada al fallo de tutela, al momento de enfrentarse con una sanción de arresto y multa dentro de un incidente de desacato de tutela, el cual ha sido confirmado por el juez de consulta. Existen evidencias de que efectivamente puede darse aplicabilidad de la figura de la inejecución en el ordenamiento jurídico colombiano.

El conocimiento general de la comunidad académica y jurídica en lo tocante a la existencia de una sanción de arresto y multa confirmada en segunda instancia por el incumplimiento a un fallo de tutela es que el funcionario público va a ser aprehendido por parte de la Policía Nacional, antes DAS (Departamento Administrativo de Seguridad), porque el Juez de conocimiento o *A-quo* (Juez Sancionador) libró los oficios de captura; he aquí donde la figura de la inejecución juega su papel importante para que el representante legal de la entidad accionada no asuma y soporte la privación de su libertad, alegando ante el juez que efectivamente se cumplió con el fallo de tutela y soportando jurisprudencialmente la procedencia de la inejecución. Por lo anterior, el tema es ineludible para este contexto, pues no faltan casos por resolver en el día a día y como especialistas en derecho administrativo, asesores jurídicos de cualquier entidad pública, cualquiera que sea su jerarquía, bajo el proceso jurídico en que se ve envuelto el funcionario público, inmerso con una sanción de arresto y multa en su contra. Por otra parte, se describirán cuáles son los criterios que deben tener en cuenta los jueces constitucionales para proferir el auto que ordena inejecutar la sanción de arresto y multa.

Este artículo es resultado de una investigación descriptiva; es decir, el propósito fue dar a conocer el resultado de esta

figura jurídica, contando con las evidencias y resultados de pronunciamientos de los juzgados de Barranquilla, Valledupar, Riohacha, Ciénaga, Aracataca, El Banco, Agustín Codazzi y Santa Marta, en donde los jueces han aplicado la inejecución con el alzamiento, a través de un auto emanado por su despacho, por considerar que el ente accionado ha cumplido con el fallo de tutela y por ende no debe darse aplicabilidad a la sanción.

LA ACCIÓN DE TUTELA Y SU PROTECCIÓN A LOS DERECHOS

Fundamentales

Antes de abordar la figura de la inejecución, tema principal del presente artículo, se hace indispensable detallar algunos conceptos puntuales, a saber: la definición de los derechos fundamentales y su protección a través de la acción de tutela, cuyo tema resulta complejo según la sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, al señalar lo siguiente:

Sobre el concepto de derecho fundamental debatido en la Asamblea Nacional Constituyente hay pocas referencias. Casi todo el tema fue tratado bajo la rúbrica de los derechos humanos. Así se desprende de la ponencia de la Subcomisión Segunda de la Comisión Primera, cuando afirma lo siguiente: Para determinar los derechos que deben figurar en nuestra carta constitucional se tuvo en cuenta la evolución de concepto de derechos fundamentales propiciada por las circunstancias históricas y políticas por el desarrollo de los principios humanitarios, todo ello para tratar el tema bajo la clasificación de las tres generaciones de los derechos humanos.

Otra forma de determinar el carácter de fundamental de un derecho debatido en la Asamblea fue la del concepto de aplicación inmediata. Esta vía fue defendida en la intervención hecha por el Ministro de Gobierno Humberto De La Calle Lombana (1991), en la sesión del 6 de marzo ante la Comisión Primera, al presentar el proyecto del gobierno:

En nuestra opinión no se trata de establecer una escala de valores que discriminen unos derechos frente a otros,[...] lo que el gobierno quiere señalar es que hay unos derechos que son de aplicación inmediata, que no requieren la intervención de la norma legal para que ellos tengan vigencia y por lo tanto permiten la utilización inmediata de los elementos de protección de los derechos[...] Según esto el derecho de tutela solo podía ser aplicado frente a la violación de algunos de estos derechos considerados de aplicación inmediata.

Ante el anterior postulado de la Corte Constitucional, queda claro que el concepto de derechos fundamentales resultó muy complejo para la época de la elaboración de la Constitución política de 1991, pero el modelo de Estado que vislumbraba dicha Constitución revolucionó en Colombia el alcance y efectividad de los derechos fundamentales¹.

Por otra parte, afirma otro doctrinante, que el concepto de derechos fundamentales solo puede comprenderse por medio de los cambios que arroja la historia del hombre al decir lo siguiente: no es posible ofrecer un concepto absoluto de lo que es un derecho fundamental, simplemente, cuando se aborda su estudio; es indispensable observar los diferentes cambios históricos, y con ellos las diferentes exigencias y necesidades que se presentan dentro de las sociedades para describir este fenómeno que no es estático sino que está en constante movimiento (Rincón).

El juez está dejando a un lado la interpretación exegética y literal de las normas o leyes, para tener un criterio más proteccionista al momento de proferir una decisión final y de fondo en el tema de la salvaguarda de los derechos fundamentales, como dice Rincón:

1 El modelo de Estado planteado en la Constitución Política de 1991, revolucionó en Colombia el alcance y efectividad de los derechos fundamentales. La posibilidad de demandar al Estado a través de medios expeditos como el *habeas corpus*, el derecho de petición y la acción de tutela, la satisfacción de intereses particulares de carácter fundamental o esencial del individuo, ha distinguido la actual Carta Política por su carácter prolífico en materia de las mínimas prerrogativas. Su definición, contenido esencial, eficacia y protección, ha sido materia de amplio análisis por parte de la jurisprudencia constitucional, las primeras emanadas de este alto Tribunal, en las que el Cuerpo Judicial se ocupa de forma minuciosa de los diferentes temas sometidos a su juicio. Ruiz Orejuela, W. (2006). *Responsabilidad médica estatal*. (2.ª ed.). Bogotá: Ecop.

todas las expresiones de derechos fundamentales consagradas en la Constitución tienen una pareja connotación, una objetiva que lo catequiza en un agregado de valores positivos que vienen a determinar la forma correcta de interpretar y aplicar el derecho, y que exige su función de servir de límite al ejercicio de la autoridad. Por otro lado encontramos un aspecto subjetivo, que se identifica con la posibilidad de exigir un acordado modo de comportamiento de los poderes públicos principalmente de la administración, aunque para hacerlo sea necesario acudir hasta los estrados judiciales. Tanto la distancia objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales, cambia el pergamino que desempeña el juez: este deja de ser un funcionario que solo se endereza a vigilar que las decisiones y actuaciones de la administración pública se amolden formalmente al ordenamiento jurídico y se convierta en un indiscutible guardián de las disposiciones constitucionales, cambiando las acciones ya existentes en elementos de protección.

La Acción de amparo

Como anteriormente lo manifestaba el Ministro de Gobierno Humberto de la Calle Lombana, este tipo de derechos es de protección inmediata. Postulado que le dio vida a la acción de tutela en la Constitución Política de 1991 para la protección de los derechos fundamentales y lo consagró textualmente en el artículo 86, tal como lo anota Pérez Villa:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actué a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrá trascurrir más de 10 días entre la solicitud de tutela y su resolución.

En los mismos términos dice Pérez que la acción de tutela activó los derechos fundamentales, en relación con la antigua Constitución de 1886 y sus cambios. Es el equilibrio de constitucionalidad que tienen los ciudadanos y los jueces sobre los derechos fundamentales. Porque esta acción tiene las siguientes características:

- a. es un procedimiento breve y sumario.
- b. existen sujetos afectados con la violación de derechos fundamentales.
- c. se puede ejercer en todo momento y lugar.
- d. Su finalidad esencial es la protección inmediata de los derechos fundamentales del afectado.
- e. Solo procede cuando no se disponga otro medio o mecanismo de defensa judicial.
- f. Es una acción que puede abarcar perjuicios irremediables.
- g. Por la acción u omisión de la gente se puede violar el derecho fundamental constitucional.

Otros destacados doctrinantes han definido la acción de tutela de la siguiente manera: “acción judicial subsidiaria, residual y autónoma, dirigida a facilitar el control judicial de los actos y omisiones de los órganos públicos o de los poderes privados que pudieran vulnerar los derechos fundamentales” (Botero, 2007, p. 8).

Por su parte, Correa Henao (2010, p. 24) realiza la definición de la acción de tutela y dice que: la acción de tutela es una acción constitucional judicial y autónoma para la protección inmediata y concreta de los derechos fundamentales, en los casos en donde no exista otro remedio judicial.

La tutela puede ser definida como una acción constitucional, de carácter judicial, establecida por la Carta de 1991, cuyo objetivo central es el de proteger de modo inmediato los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados, siempre que no exista otro medio ordinario de defensa que resulte eficaz, salvo el caso de configuración del perjuicio irremediable, evento en cual, podrá operar dicha acción como mecanismo transitorio. En concreto, la protección judicial consiste en una orden, siendo esta tan importante, que de poco o nada sirve obtener el amparo judicial, si no que se logre la emisión de una orden eficaz, que permita materializar la protección obtenida. (Quinche Ramírez, 2010).

En lo que tiene que ver con el derecho comparado, puntualmente, en el derecho público argentino, se señala que este puede tener dos lecturas, según Gozaini (2006, p. 22):

como un derecho inalienable de las personas (i), caso en el cual se habla de un “derecho al amparo”, identificable con el derecho a la tutela judicial efectiva; y como garantía procesal destinada a dar un procedimiento para reclamar la afectación de los derechos fundamentales (ii), lo que corresponde al proceso constitucional de amparo con sus reglas y características. Esta comprensión tiene como fundamento la integración de los tres elementos centrales de la teoría general del proceso: la jurisdicción, la acción y el proceso, entendido este último como el conjunto de reglas para recorrer el laberinto de las formas procesales, principios que deben cubrirse, deberes y derechos de las partes en orden a la producción, probatoria, intervención de terceros, y muchos aspectos más que se relacionan también con temas constitucionales.

El principio de la legalidad ha variado mucho en los últimos años. Por eso ya los operadores jurídicos no encuentran la fuente solo en la interpretación de la ley; luego la Constitución es el centro de gravedad que debe guiar la actividad de los distintos operadores jurídicos para llegar a una decisión sabia y sin vulnerar los derechos fundamentales.

Al respecto, Rincón afirma:

La relación que existe en la administración pública los derechos fundamentales implica indiscutiblemente un cambio rotundo al principio de legalidad, ya que no se puede seguir pensando que todo el sistema de fuentes encuentra sustento en la ley, y mucho menos que el simple hecho de aplicar de forma literal una norma que emana del congreso implica conformidad con el texto constitucional. Es precisamente la constitución de donde emana todo el derecho, ella es el centro de gravedad que debe guiar la actividad de los distintos operadores jurídicos, esto implica una mayor libertad de decisión para las autoridades administrativas.

Se tiene entonces, que los derechos fundamentales son de protección inmediata; luego entonces, el Estado debe proporcionar las herramientas jurídicas para que se dé tal protección al conglomerado social, cuando se enfrenten bajo una evidente omisión y violación a los derechos fundamentales.

Siempre que se hace un estudio sobre derechos fundamentales se recalca la importancia que tiene tanto el legislador como el juez en lo relativo a su desarrollo y protección, dejándose de lado el papel que pueden llegar a desempeñar las administraciones públicas. La rama administrativa es la porción del poder público que tiene mayor contacto cotidiano con los individuos dentro del Estado, lo que permite que a través del desempeño de sus funciones pueda afectar de forma grave cada una de las manifestaciones de derecho, o por el contrario sirva como instrumento para que cada uno de los supuestos que se someten a su conocimiento se consiga su real aplicación. Desde esta perspectiva el aparato administrativo desempeña un rol protagónico frente a las diferentes categorías de derecho, y su papel no se limita a ser un simple reflejo de la actividad de otros órganos del Estado, pues existen deberes que se radican en forma directa en su cabeza y que emanan de modo directo del texto constitucional. (Rincón, p. 273).

La acción de tutela (acción, juicio o proceso de amparo como se lo denomina en la mayoría de los países iberoamericanos) constituye una de las principales medidas constitucionales contemporáneas para la protección inmediata de los derechos fundamentales. Como institución jurídica, el derecho de amparo se estableció por primera

vez en la Constitución del Estado de Yucatán, México, de 1841. No obstante que se han encontrado “demandas”, hasta la fecha no existen vestigios de “sentencias” en esa etapa inicial, según lo anota Ferrer MacGregor (2010).

La primera sentencia de tutela jurídica (amparo) de que se tiene registro, se emitió hace 160 años, el 13 de agosto de 1849, en la ciudad de San Luis Potosí, México, la cual aplica de manera directa el artículo 25 del Acta de Reformas, documento constitucional que federalizó al amparo, sin que existiera ley reglamentaria que regulara la institución. Tal como lo mencionan Fix-Zamudio y Ferrer MacGregor (2006), en este histórico fallo, el juez federal suplente otorga la protección en contra de la orden de destierro del gobernador de esa entidad federativa. A partir de entonces, la institución de derecho de amparo (acción de tutela) se ha expandido a nivel mundial, previniéndose en un importante número de constituciones democráticas como un eficaz componente procesal para la tutela de los derechos humanos, incluso proyectándose en el campo internacional. (Fix-Zamudio y Ferrer MacGregor, 2006).

A partir de lo anterior nace una rama del derecho procesal constitucional (Pegoraro, 2009) y que solo en Colombia pudo tener nacimiento hasta en el año de 1991 la novedosa acción de tutela, para brindarle a los administrados una herramienta jurídica con la que puedan defenderse del Estado y de los particulares frente a la violación de los derechos fundamentales.

Otros autores restringen a dos grandes grupos las teorías sobre la acción. Para Ferrer MagGregor (2010), en su estudio sobre la acción de amparo en México y España, esos grupos son:

- A) Teoría de la acción como derecho, poder, facultad o posibilidad, de carácter abstracto, dirigida contra, frente o hacia el Estado para provocar la actividad jurisdiccional, con independencia del resultado de la sentencia; y B) Teoría de la acción como derecho, poder, facultad o posibilidad, de carácter abstracto, dirigida contra, frente o hacia el Estado, o el adversario, o ambos, con el objeto de obtener una tutela jurisdiccional con un contenido determinado, es decir una sentencia favorable.

La expresión derecho procesal constitucional tiene tres significaciones, que según varios autores la hacen diferente a las demás áreas del derecho y con una connotación distinta al repercutir e incidir en la decisiones de fondo que tome el juez de tutela, debido a la gran responsabilidad que tiene este servidor público para hacer congruente su decisión con la Carta Magna. “El proceso constitucional de tutela tiene su naturaleza jurídica de proceso, por cuanto está constituido por una serie de actos procesales que culminan en una sentencia”. (Monroy, 2002, p. 150).

Las tres acepciones son:

Por una parte, se utiliza para identificar el conjunto normativo diferenciado del ordenamiento jurídico normal (procesales de origen constitucional o derivadas de ellas). Así, se habla, por ejemplo de leyes de jurisdicción constitucional, leyes orgánicas de tribunales constitucionales o, recientemente, de códigos procesales constitucionales. También se utiliza para significar las actuaciones procedimentales que realizan los órganos de justicia constitucional, particularmente las ejecutadas por las jurisdicciones especializadas (tribunales, cortes o salas constitucionales), y también las actuaciones o técnicas procesales de jueces ordinarios que ejercen el control de constitucionalidad de las leyes en sus variadas formas y matices. Una tercera connotación se refiere a su carácter científico, es decir, a la disciplina que estudia de manera sistemática la jurisdicción, magistratura, órganos, garantías, procesos, principios y demás instituciones para la protección de la Constitución desde la ciencia del derecho. (Ferrer MacGregor, 2010, p. 2).

CUMPLIMIENTO INMEDIATO DEL FALLO DE TUTELA Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE NO ACATAR LA ORDEN

Si bien es cierto, el juez constitucional profiere el fallo de tutela y a su vez prescribe un término para su cumplimiento, que por regla general son 48 horas siguientes a las notificación del fallo de tutela a la entidad accionada; dicho término, en muchos casos se vuelve ilusorio porque las entidades pueden presentar inconvenientes para

darle total cumplimiento al fallo emanado por el juez. En palabras de Correa (2010, p. 180), cabe realizarse la siguiente pregunta: ¿quién cumple con el fallo de tutela? Pues la ejecución del fallo que ampara un derecho fundamental corre por cuenta de la persona pública o privada contra la cual se interpuso dicha acción. Si se trata de un servidor público y este desacata la orden de cumplir la orden judicial, el juez del conocimiento debe darle aplicación inmediata a lo que reza el artículo 27 del Decreto 2191 de 1991 y es dirigirse al superior del funcionario público o privado, para que sea él quien cumpla el fallo. Ahora bien, se plantea el siguiente problema ¿qué pasa si el funcionario no tiene superior jerárquico?, como es el caso de un alcalde. En este marco factual, la Corte Constitucional (Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-942 de 2000) ha dicho que debe recurrirse a la Procuraduría General de la Nación. Si no se cumple el requisito antes mencionado, estaríamos frente a la violación del debido proceso, y el juez de conocimiento estaría inmerso en una Vía de Hecho por Defecto Procedimental. Al respecto, Quinche (2010, p. 116) acota: “La Sentencia T-231 de 1994 lo caracteriza como ‘la actuación por fuera del procedimiento establecido’ la Sentencia T-008 de 1998 afirma que se presenta cuando ‘el Juez actuó completamente fuera del procedimiento establecido’. Finalmente T-1017 del 1999 lo predica ‘si el fallador se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones’”.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591, si la persona a la que el juez ordena cumplir un fallo de tutela se niega a acatar el fallo, el accionante o peticionario puede en las 48 horas siguientes solicitarle al juez de tutela (Juez de conocimiento o Juez *A-Quo*) para que requiera al superior de aquella, con un doble fin: cumplir e investigar al inferior que desacata.

Así las cosas, ante el incumplimiento de la sentencia de tutela, hay que distanciar el cumplimiento efectivo de la ordenado (dimensión objetiva), del incidente de desacato para fundar la imprevista responsabilidad del incumplido (dimensión subjetiva), como lo ha instituido la Corte Constitucional (Colombia. Corte Constitucional. 2000, Sentencia T-942). En esta oportunidad se previó lo siguiente:

El incumplimiento de la orden dada en un fallo de tutela, no tiene como única respuesta judicial el incidente de desacato, sino que la principal respuesta es hacer cumplir lo ordenado. Las órdenes que se den en una sentencia de tutela son para obedecerlas. Si ocurre lo contrario en muchas ocasiones se acude al incidente de desacato, que requiere de responsabilidad sugestiva para que prospere. Pero lo anterior no quiere decir que el juez, una vez tramitado el desacato, se desentienda y archive el expediente. El desacato es un simple incidente. Lo principal es hacer cumplir la orden, mientras esto no ocurra, el juez de primera instancia no pierde la competencia...

En otras expresiones, uno es el escenario en el que queda el petente victorioso, pero desamparado en la práctica porque realmente el fallo se torna ilusorio para el accionante.

El Estado, representado a través de los jueces constitucionales, debe proteger de manera inmediata los derechos fundamentales y ante el incumplimiento de su orden judicial, es deber tramitar el incidente de desacato prescrito en el Decreto 2591 de 1991 artículo 27 y aplicar las medidas correccionales que estime conveniente (Colombia. Artículo 52, Decreto 2591, 1991); es decir, podrá sancionar con arresto y multa al sujeto que ha incumplido el fallo. “Según la jurisprudencia constitucional, el desacato configura una sanción especial, de naturaleza correccional, no penal, en la que hay que auscultar el elemento subjetivo del incumplido”. (Colombia, Corte Constitucional sentencia T-368 de 2005). Esta facultad correccional está consagrada en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, artículos 58 y 60, declarados los dos exequibles en su mayor parte por la Corte Constitucional. Continuando con el trámite, el juez de conocimiento deberá enviar a su superior la medida disciplinaria impuesta (el expediente de desacato) para que este último, dentro de los tres días siguientes al recibo de la misma, disponga en confirmar o revocar la sanción impuesta por el Juez *A-Quo*.

Por otra parte, encuentra la Corte que la facultad del funcionario judicial de adoptar medidas correccionales frente a los particulares que incurran en algunas de las causales que justifican la adopción de medidas sancionatorias, tiene fundamento en el respeto que se le debe a la administración de justicia, eso sí, sin perjuicio de otras determinaciones que puedan adoptar las demás autoridades competentes. Lo anterior –valga anotarlo– tampoco significa sancionar dos veces a una persona por el mismo hecho, esto es, contrariar al principio “*non bis in Idem*”, toda vez que se trata de determinaciones de naturaleza particular tomadas para cada caso por autoridades de competencia también diferentes. (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996).

LA INEJECUCION DE LA SANCIÓN DE ARRESTO Y MULTA

La decisión del Juez *Ad-Quem* repercute en dos hechos importantes: el primero de ellos, de menos trascendencia para el estudio de la revocatoria de la sanción y multa; luego entonces, el juez *A-Quo* no puede librar los oficios de captura. Y la segunda, la confirmación de arresto y multa. Si llegare a suceder el segundo hecho, el juez de conocimiento tiene la facultad de ejecutar las medidas correccionales impuestas; entonces, cabe preguntar ¿qué se puede hacer frente a la medida correccional confirmada?, más aun, cuando todo el trámite incidental se ha llevado a cabo respetando el derecho fundamental al debido proceso y por el funcionario competente.

He aquí donde se llega al punto central y de mayor relevancia en la presente investigación, porque daría lugar a la interposición y aplicación de la figura jurídica: “*inejecución de la sanción de arresto y multa dentro del incidente de desacato*”²; la misma se debe presentar como *conditio sine qua non* ante el juez que profirió la sanción de primera instancia y es aquí donde el juez debe tener unos criterios o lineamientos para proferir el auto de inejecución; los mismos que

2 Para el autor del presente artículo esta figura consiste en solicitarle al juez de conocimiento (funcionario que impuso la sanción de arresto y multa), que inejecute la medida correccional dada, teniendo en cuenta que el fallo de tutela se ha cumplido, luego ejecutarla significaría darle un matiz al incidente de desacato de proceso penal.

se citan con propiedad y certeza dada la eficacia en el uso de los mismos en los diferentes juzgados de la Costa Atlántica, es decir, con conocimiento de causa. Por consiguiente, el primer requisito es haber dado cumplimiento total al fallo de tutela, requisito principal; el segundo, desistimiento por parte del accionante, requisito que tiene un carácter accesorio; el tercero y último, la aplicabilidad que sobre este particular ha sostenido el Honorable Consejo de Estado en sentencia de calenda 21 de agosto de 2009.

Conforme a lo antes expuesto, la sanción de desacato es una medida disciplinaria del Juez que busca el cumplimiento de una decisión adoptada en una acción de amparo, quien, mediante este apercibimiento vinculante hace que se cumpla la sentencia; **sin embargo, en criterio de la Sala, en circunstancias como esta, en donde se alega, se reconoce y está probado que se cumplió con la sentencia, resulta improcedente ejecutar la sanción.**

En efecto, no es procedente ordenar y mantener la ejecución de la sanción de arresto al incidentado, porque esto implicaría darle una connotación punitiva y reivindicatoria que no contiene la sanción de desacato.

En criterio de esta Sala Unitaria, conforme a lo planteado y lo probado en el proceso, si bien en la acción de *Habeas Corpus* no es procedente decidir sobre revocación de la sanción por desacato porque esta debe dilucidarse dentro de la misma acción de tutela, sí se puede, cuando desaparecen los fundamentos que dieron lugar a la sanción, suspender la ejecución o su cumplimiento, **en amparo de uno de los más caros derechos constitucionales fundamentales que es la libertad.**

En el presente asunto ejecutar la sanción de desacato, en lo que se refiere a la privación de la libertad, conlleva no a la reivindicación del derecho constitucional vulnerado, porque este ya fue satisfecho; sino a transformar una medida de apercibimiento, en una medida punitiva asimilable al derecho penal con funciones de prevención general, retribución

justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

En el presente asunto no existe justificación para que se limite el derecho a la libertad, a través de la sanción de desacato, por el simple hecho de que incumplió una acción de tutela, que en este momento está plenamente satisfecha.

La decisión de imponer una restricción a la libertad, como lo es la sanción de arresto, comporta una intervención del Estado en los derechos fundamentales de las personas, entre estos el de la libertad y el buen nombre, como lo definió recientemente la Corte Constitucional. Por ello deben tenerse en cuenta necesariamente los criterios constitucionales de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, los que no se observan en este momento. (Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00837- 00. Actor: Ciro Alejandro Olaya Forero. Demandado: Juzgado Segundo Penal Municipal de Neiva).

Con respecto al primer requisito de procedencia de la inejecución, es ineludible dejar plasmado en el presente artículo que es el principal de todos, habida cuenta del ente incidentado; se debe demostrar con prueba y hechos el cumplimiento no parcial sino pleno del fallo de tutela, para que el juez estime conveniente decretar la inejecución, a *contrario sensu* si el funcionario judicial observa que la entidad pública o privada no ha desplegado acciones o gestiones necesarias para darle cabal cumplimiento al fallo, lo más seguro es que despachara desfavorablemente dicha solicitud, porque es deber del Juez velar y propender por cuidar y salvaguardar los derechos fundamentales del accionante.

El segundo requisito que debe tener en cuenta el Juez Constitucional es el desistimiento presentado por el incidentante, pero el mismo es de carácter accesorio, porque si no llegare a existir la decisión, no está supeditada a la subsistencia del mismo; ahora bien, no se pretende decir que no sea importante; por el contrario, su presencia resulta ser un ingrediente más para lograr un nutrido memorial y unos alegatos lúcidos.

Y el último requisito, la aplicabilidad de la sentencia transcrita en la que se concluye que la sanción de arresto dictada en el trámite de un incidente de desacato no reporta una naturaleza punitiva ni reivindicatoria; es decir, no es una sanción penal dictada en contra del incidentado; y aunado a que la finalidad del incidente de desacato es precisamente lograr el cumplimiento de la sentencia de tutela, **carece de sentido y objeto** ejecutar la orden de arresto en el evento en que se lograre acatar lo ordenado en la sentencia de tutela, antes de que se ejecutara la sanción predicha. Considerar lo contrario, sería desatender de manera desafiante los principios constitucionales de necesidad y razonabilidad a los que hace mención la sentencia trascrita tantas veces mencionada, abandonando la función judicial de protectores de derechos fundamentales, para convertirse en agentes vulneradores de los derechos a la libertad, al buen nombre y honra del incidentado.

De acuerdo con lo anterior, se puede decir que dentro del marco jurídico colombiano, esta solicitud es procedente, teniendo en cuenta que existe jurisprudencia que trata del tema y además doce (12) pronunciamientos que fundamentan la presente investigación.

En el primer caso se deprecó en el Juzgado Octavo Civil Municipal de Santa Marta en providencia judicial de fecha 15 de marzo de 2011 dictada dentro del proceso No. 2007-00688-00, que declarara la inejecución de una orden de arresto y multa dictada en primera instancia y confirmada en sede de consulta por haberse cumplido con lo ordenado en el fallo de tutela antes de la ejecución de la orden de arresto y ordenó el archivo del expediente.

En efecto, en la providencia en comento el juez Octavo Civil Municipal de Santa Marta indicó *ad pedem litterae*:

Por lo anterior, se declarará la inejecutabilidad de la sanción por desacato impuesta al señor Alcalde del Distrito de Santa Marta – JUAN PABLO DIAZGRANADOS PINEDO y al señor EDGAR REY SINNING, como quiera que desaparecieron los fundamentos que le sustentan, resultando la sanción como desproporcional si se tiene en

LA INEJECUCIÓN DE LA SANCIÓN DE ARRESTO Y MULTA DENTRO DE UN INCIDENTE DE DESACATO POR EL INCUMPLIMIENTO AL FALLO DE TUTELA

cuenta que los sujetos sancionados han acatado a cabalidad con la orden del fallo de tutela y con su aplicación se estaría transgrediendo el derecho fundamental a la libertad consagrado en la Constitución Política de Colombia y que igualmente debe ser objeto de protección por parte del Juez Constitucional.

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Agustín Codazzi-Cesar, Accionante: Luis Rosendo Zapata Zapara. Accionando: COOMEVA EPS S.A Radicado: 2001340890012011-00006-00, en la cual también se declaró la Inejecución de la sanción por desacato impuesta por el juzgado.

El Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Ciénaga-Magdalena Radicado: 2010-0020, donde el resuelve del fallo del 16 de diciembre de 2011 numeral 2 reza: DÉJESE SIN EFECTO LA SANCIÓN de arresto impuesta a los señores jefe de oficina de Santa Marta, Dra. Margarita Orozco Slait y el Gerente Regional Caribe de COOMEVA EPS S.A. Dr. Carlos Coronel, impuesta en providencia de fecha 30 de septiembre de 2011 por los motivos expuestos en el presente auto.

El Juzgado Sexto Civil Municipal De Valledupar-Cesar Radicado: 2010-00887 Accionante: Rafael Arturo Barraza Jiménez Accionado: Coomeva EPS S.A. donde el resuelve mediante auto del 13 de febrero de 2012 el punto primero reza: DEJAR DE EJECUTAR LA SANCIÓN DE ARRESTO en contra la Dra. Ximena Gutiérrez.

El Juzgado Sexto Civil Municipal de Santa Marta-Magdalena Accionante: Yeni Paola Solano Vega Accionado: Coomeva EPS S.A Radicado: 2011-0101 donde se resuelve del 28 de febrero de 2012 reza: aceptar el desistimiento solicitado por la señora Yeni Paola Solano Vega.

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de el Banco-Magdalena Accionante: Leidy Johana Ortiz Accionado: Coomeva EPS S.A. Radicado: 2009-059 que ordena declarar la inejecución de la sanción de arresto impuesta por este juzgado por las razones expuestas en este proveído.

El Juzgado Noveno Civil Municipal de Santa Marta-Magdalena Accionante: Luis jose Muñoz Salcedo. Accionado: COOMEVA EPS Radicado: 2010-240 en donde ordena dejar sin efecto la sanción de arresto impuesta contra la representante legal de COOMEVA EPS Santa Marta,

El Juez Séptimo Civil Municipal de Santa Marta-Magdalena Accionante: JADER VELEZ GARRIDO Accionado: COOMEVA E.P.S. S.A. Radicado: 2012-0076 RESUELVE: ABSTENERSE de hacer efectiva la sanción impuesta, dentro del trámite incidental iniciado.

El Juez Tercero Civil Municipal de Riohacha-Guajira. ACCIONANTE: VLADIMIRO ALFONSO DELUQUE ATENCIO ACCIONADO: COOMEVA EPS. RADICACIÓN: 44-01-40-03-003-2012-00043-00 RESUELVE: dejar sin efecto las sanciones impuestas y archiva el incidente de desacato.

El Juzgado Tercero Civil Municipal de Riohacha-Guajira. ACCIONANTE: VLADIMIRO ALFONSO DELUQUE ATENCIO ACCIONADO: COOMEVA EPS. RADICACIÓN: 44-01-40-03-003-2012-00043-00 RESUELVE: dejar sin efecto las sanciones impuestas y archiva el incidente de desacato.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Aracataca-Magdalena ACCIONANTE: CRUZ ACEVEDO ALFORA ACCIONADO: COOMEVA EPS S.A RADICACION: 2012-349 que resuelve: declárese la inejecución de la sanción por desacato impuesta por este juzgado.

El Juzgado Tercero Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Santa Marta Magdalena. ACCIONANTE: Cristóbal De Leon Marin ACCIONADO: COOMEVA EPS RADICACION: 2011-00149 RESUELVE: Déjese sin efecto la sanción impuesta a la representante legal de COOMEVA EPS S.A Dra. Margarita Orozco Eslait.

Se concluye entonces, que la figura de la inejecución resulta ser efectiva a la hora de enfrentar una medida correccional confirmada. Igualmente, es novedosa para la comunidad académica jurídica; obviamente, la efectividad está correlacionada con los requisitos enunciados anteriormente, de lo contrario resultaría infructuosa.

Esta labor de compilación y estudio jurídico de casos se adelantó por la labor que el autor de este artículo desempeña como analista jurídico del Grupo Coomeva EPS, En donde se aprecian constantemente las bondades y defectos por incumplimientos de fallos de tutela y de sanciones. Razón por la cual se consultaron e investigaron las figuras jurídicas que no congestionen el aparato judicial, porque ante la sanción confirmada lo único que procede es una acción de tutela por vía de hecho; luego entonces, se tendría que revisar el expediente de desacato para encontrar qué tipo de error habría cometido el juez del caso, con el fin de argumentar ante su superior unas posibles Vías de Hechos, ya sea de tipo sustancial, fáctico, orgánico o procedimental; labor un poco dispendiosa y sobre todo de mucha molestia para los jueces, ya que ninguno de ellos quiere verse inmerso en tutelas. Así las cosas, antes de interponer la tutela por vía de hecho se agotó la inejecución de la sanción de arresto y multa, para que el ente accionado, sea público o privado, no esté privado de la libertad (representante legal); y por otro lado, no se pone en movimiento la administración de justicia, generando más traumatismo y gastos financieros para el Estado. Las once decisiones descritas son producto de la práctica forense y se han presentado en los diferentes juzgados de la Costa Atlántica, todas con resultado favorable.

REFERENCIAS

- Botero, C. (2007). *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Colombia. Código penal. Artículo 4º del Código Penal, Ley 599 de 2000.
- Colombia. Congreso de la República (1991). *Decreto 2591*.
- Colombia. Consejo de Estado – Sección segunda, Subsección B. *Radicación número: 11001- 03-15-000-2009-00837-00*. Actor: *Ciro Alejandro Olaya Forero*. Demandado: *Juzgado Segundo Penal Municipal de Neiva*.
- Colombia. Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-037*.

- Colombia. Corte Constitucional. (2000). *Sentencia T-942*.
- Colombia. Corte Constitucional. (2005). *Sentencia T-368*.
- Colombia. Corte Constitucional. (2009). *Sentencia T-171*.
- Correa Henao, N. R. (2010). *Derecho procesal de la acción de tutela*. (3.^a ed.). Bogotá: Ibañez.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2010). *Acción de tutela y derecho procesal constitucional*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Ferrer (2000). *La acción constitucional de amparo en México y España, estudio de derecho comparado*. (2.^a ed.). México: Porrúa.
- Fix-Zamudio, H. y Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.) *El derecho de amparo en el mundo*. México: Porrúa-UNAM-Fundación Konrad Adenauer.
- Gozaini, O. (2006). *Introducción al derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Monroy, M. G. (2002). *La prueba en la acción de tutela. La prueba-homenaje al maestro Hernando Devis Echandia*. Bogotá: Universidad Libre.
- Pegoraro, L. (2009). *Glossario di Diritto pubblico comparato. Voz Diritto processuale costituzionale*. Roma: Colección: I diritti e le istituzioni, carocci.
- Pérez Villa, J. *Constitución política de Colombia comentada*. (16.^a ed.). Bogotá: Leyer.
- Quinche Ramírez, M. F. (2010). *Vías de hecho-acción de tutela contra Providencia Judiciales*. (6.^a ed.). Bogotá: Doctrina y Ley. .
- Rincón Córdoba, J. I. *Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la administración pública*. (2.^a ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ruiz Orejuela, W. (2006). *Responsabilidad médica estatal*. (2.^a ed.). Bogotá: Eco.