

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE MONTERÍA

Montería, veintiséis (26) de julio del año dos mil dieciocho (2018)

Acción: Incidente de desacato de Tutela.

Expediente N°: 23 001 33 31 005 **2018-00408.**

Accionante: Edilma Rosa Hernández Hernández.

Accionados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional –
Dirección de Prestaciones Sociales.

INCIDENTE DE DESACATO DE TUTELA

Procede el Despacho a decidir el incidente de desacato formulado por la Edilma Rosa Hernández Hernández, a través de apoderado judicial en razón del presunto incumplimiento por parte de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección de Prestaciones Sociales, del fallo de tutela proferido por esta Judicatura en fecha veinticinco (25) de junio de dos mil dieciocho 2018.

I. ANTECEDENTES

1. Del incidente

La señora Edilma Rosa Hernández Hernández presentó incidente de desacato de tutela a través de su apoderado judicial, en fecha 10 de julio de 2018, precisando que no se ha cumplido con la orden decretada en el fallo de tutela de fecha 25 de junio 2018.

2. Admisión del incidente de desacato de tutela

Esta Unidad Judicial mediante auto de fecha 12 de julio de 2018 admitió el incidente de desacato y ordenó notificarlo al Coronel **Diego Alejandro Borbón Arias** en su condición de **Director de Prestaciones Sociales del Ejército**, lo cual se realizó, el día 12 de julio de 2018 mediante oficio enviado a la dirección electrónica notificaciones.monteria@mindefensa.gov.co; notificaciones@cremil.gov.co, diego.borbon@ejercito.mil.co; concediéndole un término de tres (03) días para ejercer su derecho de defensa¹.

3. Respuesta del incidentado

Hasta la fecha no ha sido allegada a esta Unidad Judicial respuesta alguna por parte del Director de Prestaciones Sociales del Ejército, Coronel **Diego Alejandro Borbón Arias**.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

1. Problema Jurídico

Corresponde a esta Unidad Judicial resolver el siguiente problema jurídico:

¹ Fl. 14-15

Determinar si el Coronel **Diego Alejandro Borbón Arias** en su condición de **Director de Prestaciones Sociales del Ejército**, ha cumplido con lo ordenado por este Despacho Judicial en el fallo de tutela de fecha 25 de junio de 2018o si por el contrario, la entidad accionada incurrió en desacato de la orden de tutela y existen méritos para sancionar.

2. Del incidente del desacato

Sobre el particular el art. 52 del Decreto 2591 de 1991 prevé que si el ente accionado no cumple con las órdenes impartidas en una sentencia de tutela, puede ser sancionado por desacato:

“ARTICULO 52. DESACATO. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.
La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción (La consulta se hará en efecto devolutivo).”

Ahora bien, no debe confundirse el incumplimiento del fallo con el desacato, ya que se trata de dos instituciones jurídicas completamente distintas las cuales se diferencian en diversos aspectos²:

“i) El cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal; ii) La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva; iii) La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 27 y 23 del decreto 2591 de 1991. La base legal del desacato está en los artículos 52 y 27 del mencionado decreto. Es decir que en cuanto al respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia; iv) El desacato es a petición de parte interesada; el cumplimiento es de oficio, aunque puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público.”³

En relación con lo anterior, es admisible manifestar que *mientras que el cumplimiento del fallo alude a una responsabilidad de **tipo objetivo**, es decir, procede con la sola constatación de que la orden judicial de amparo no se ha materializado, el desacato apunta a una responsabilidad de **tipo subjetivo**, esto es, impone analizar el grado de culpabilidad en que haya incurrido el funcionario o particular renuente, y las circunstancias que hayan rodeado su conducta*⁴.

De modo que el incidente de desacato es una herramienta *de carácter disciplinario* con la que cuenta el juez de tutela para imponer sanción de arresto o multa a quien de manera **negligente e injustificada** incumpla la orden judicial de amparo y dado que el carácter de una de las sanciones que procede por desacato es de tipo corporal (arresto), la parte pasiva del incidente es la persona natural (funcionario o particular) encargada de acatar la decisión, y no la persona jurídica⁵.

Así lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado al señalar que la sanción por desacato no se puede imponer a la entidad sino al servidor público que vinculado en debida

² Al respecto, en la sentencia T-1113 de 2005 la Corte Constitucional expresó: “(...) existe una diferencia importante entre las actuaciones encaminadas a lograr el cumplimiento de una decisión y el incidente de desacato, pues si bien este último es una de las maneras más extremas para lograr el cumplimiento de la decisión, no agota la obligación del juez de hacer cumplir la orden. Adicionalmente, como se mencionará adelante, no en todos los casos la verificación de un incumplimiento supone necesariamente la imposición de una sanción por desacato. Paralelamente al cumplimiento de la orden se puede iniciar el trámite incidental del desacato. Pero el desacato no puede desplazar la principal obligación del juez constitucional que consiste en hacer cumplir la orden de tutela. Además el trámite del cumplimiento no es un prerequisite para el desacato, ni el trámite del desacato es la vía para el cumplimiento. Son dos cosas distintas el cumplimiento y el desacato. Puede ocurrir que a través de trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato.”

³ Sentencia T-744 de 2003.

⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio Bogotá, D.C., noviembre diecisiete (17) de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 08001-23-33-000-2016-00021-02(AC) A Actor: Eugenio Nicolás Torres Charris Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil.

⁵ Ibidem

forma al trámite incidental, resulta responsable del incumplimiento del fallo de tutela.

"Adicionalmente, si se trata de una sanción no puede imponerse sino a quien ha sido sujeto en el respectivo proceso, en este caso en el incidente. **De ahí que no sea legítima la expresión "o a quien haga sus veces", pues bien podría tratarse de persona natural diferente al momento de decidirse o quedar en firme el auto.** No se trata en estos casos de la entidad, sino de quien debió, como autoridad, cumplir la orden".

Entonces, es evidente que durante el trámite incidental debe garantizarse en su mayor expresión el derecho al debido proceso y a la defensa de la persona natural contra quien se dirige el incidente. Para tal efecto, el juez de primera instancia que conozca debe actuar de la siguiente manera: 1) identificar el funcionario o particular en quien recayó la orden u órdenes judiciales que se alegan desacatadas, es decir, al que se le impuso la obligación de cumplirlas; 2) darle traslado al incidentado para que presente sus argumentos de defensa; 3) si es necesario, practicar las pruebas que considere conducentes, pertinentes y útiles para emitir decisión; 4) resolver el incidente, para lo cual debe valorar: primero, si la orden judicial fue desacatada y, segundo, si la persona obligada a cumplirla actuó con negligencia u omisión injustificada, para en caso afirmativo, imponer la respectiva sanción y 5) siempre que haya sancionado, enviar el incidente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta⁷.

Ahora bien, para efectos de establecer la responsabilidad que implica la declaración de desacato, es necesario que como primera medida se establezca el contenido preciso de las órdenes emitidas en el fallo cuyo incumplimiento se alega. Una vez probado lo anterior, el incidente de desacato debe dirigirse contra la conducta subjetiva del funcionario obligado a atender la sentencia de amparo.

Finalmente, a efectos de verificar la responsabilidad subjetiva del eventual "incumplido", en consonancia con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, el Consejo de Estado ha reiterado⁸ que éste debe estar **debidamente identificado**, ya que a través del trámite incidental "no se persigue a un cargo, sino a la persona que lo ostenta"⁹.

3. Del caso concreto.

La inconformidad de la incidentista radica en que no se ha dado cumplimiento a la orden judicial contenida en la sentencia de tutela proferida por esta Judicatura el día 25 de junio de 2018 dentro del radicado de la referencia, en la cual se ordenó:

*"(...)SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior. **ORDENAR** al señor **DIRECTOR DE PRESTACIONES SOCIALES DEL EJERCITO NACIONAL**, o quien haga sus veces y cumpla sus funciones, para que en el término perentorio e improrrogable de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, expida respuesta en la cual resuelva de fondo el recurso de reposición interpuesto por la señora **EDILMA ROSA HERNADEZ HERNANDEZ (C.C.26.202.989)**, el día 23 de agosto de 2017 ante la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, en el cual se solicita que se revoque la Resolución No 234819 de fecha dos (2) de agosto de dos mil diecisiete (2017).Una vez realizado lo anterior, deberá **notificar** a la accionante de forma personal, la respuesta expedida por esa entidad, en la dirección y en la forma indicada en la mencionada petición.*

⁶ Consejo de Estado. Sección Quinta. M.P. Álvaro González Murcia. Expediente N°. 2000-90021-01(AC-9514). Actor: Departamento de Cundinamarca, Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio. Bogotá, D.C., noviembre diecisiete (17) de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 08001-23-33-000-2016-00021-02(AC) A. Actor: Eugenio Nicolás Torres Charris. Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil.

⁸ Entre otras, ver auto del 15 de agosto de 2012. Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A. M.P. Gustavo Gómez Aranguren. Exp. 2012-00410-01.

⁹Op cit

*Una vez se realice lo ordenado, **DEBERÁ REMITIR** a esta Unidad Judicial los documentos que acrediten el cumplimiento de las órdenes judiciales impartidas en el presente fallo de tutela (...)*"

Ahora bien, en relación con los requisitos exigidos para determinar la eventual configuración del desacato, en el asunto *sub lite* se encuentra acreditado lo siguiente:

Esta Unidad Judicial dictó sentencia de tutela en fecha 25 de junio de 2018, amparando los derechos fundamentales de petición e información de la incidentista, ordenando lo antes expuesto.

A raíz de lo anterior, la tutelante presentó a través de apoderado judicial incidente de desacato contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección de Prestaciones Sociales el día 10 de julio de 2018 manifestando que no han cumplido la orden judicial.

Por lo anterior, es más que claro para el Despacho que la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección de Prestaciones Sociales no se ha pronunciado luego de proferido el fallo de tutela el 25 de junio de 2018, en el sentido de priorizar respuesta, la cual resuelva de fondo el recurso de reposición interpuesto por la señora EDILMA ROSA HERNANDEZ HERNANDEZ (C.C.26.202.989), el día 23 de agosto de 2017 ante la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, en el cual se solicita que se revoque la Resolución N° 234819 de fecha dos (2) de agosto de dos mil diecisiete (2017) y para lo cual se otorgó un plazo de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, término que venció sin que se haya desplegado actividad alguna por cumplirlo; lo cual genera la violación de los derechos fundamentales de petición e información, que se ampararon en la sentencia de tutela.

En consecuencia, está más que acreditado el incumplimiento del fallo de tutela proferido en el proceso de la referencia; así como tampoco se ha realizado acción alguna por parte de las personas encargadas de cumplirlo, no existiendo medios probatorios que permitan justificar la imposibilidad de dar cumplimiento a la orden judicial de tutela.

Ahora bien, respecto del funcionario responsable de cumplir la orden de tutela, se tiene que esta fue dirigida al Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, iniciándose el incidente de desacato de tutela en contra del Coronel **Diego Alejandro Borbón Arias**, quien actualmente detenta esta calidad.

En consecuencia, se concluye que es el Coronel **Diego Alejandro Borbón Arias**, quien ostenta el cargo de Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, es el funcionario encargado de cumplir la sentencia de tutela de fecha 25 de junio de 2018, y del cual no se acreditó su cumplimiento, ni se acreditaron las razones que imposibilitaron hacerlo; razón por la cual se procederá a imponer la respectiva SANCIÓN.

Sobre la gradualidad de la sanción y acogiendo los criterios trazados por la Corte Constitucional en la sentencia C-033 de 2014, en la que se trajo a colación la aplicación del test de proporcionalidad a fin de determinar la FINALIDAD, IDONEIDAD Y PROPORCIONALIDAD de la sanción impuesta. Esta Unidad Judicial debe expresar que la sanción de multa será por valor de tres (03) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la cual se ajusta a la gravedad de la conducta y al menoscabo causado a los derechos fundamentales del incidentista al no cumplir con el fallo de tutela, asumiéndose una actitud ajena a los deberes de los funcionarios públicos y particulares que prestan funciones públicas y a los fines del Estado Social de Derecho, conducta con la cual se continúan vulnerando los derechos fundamentales previamente amparados por esta Unidad Judicial.

Es de advertir que en este caso no se procederá a sancionar con arresto al incidentado, ya que ha dicho el Consejo de Estado que esta clase de sanción es una limitación al derecho fundamental a la libertad, por lo que debe aplicarse bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, esto sumado al hecho que el arresto procede en los casos en que se incumple de forma reiterada la orden de tutela, además existen otras medidas para sancionar, como lo es la multa, sin que se vea inmersa la restricción a la libertad de la persona obligada a cumplir la orden de tutela. Así lo estableció el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en providencia del 23 de febrero de 2017:

*“La Corte ha sido explícita en advertir que la imposición de **una sanción de arresto debe estar acompañada de un estudio de necesidad y proporcionalidad y entenderse que se impone con el fin de proteger un derecho constitucional que ha sido vulnerado**, ya que, además de buscar que quien ha desacatado un fallo de tutela, cumpla con lo que se ha impuesto en la respectiva sentencia.*

*(...) Adicionalmente, ha expresado que **la privación de la libertad es una medida que procede cuando se incumple de manera reiterada una orden impartida por una autoridad judicial.***

*En este caso, para la Sala, **la sanción de arresto no es necesaria ni proporcionada, pues no es idónea para hacer cumplir lo estipulado en la sentencia del 12 de mayo de 2016 debido a que existen otros mecanismos, como la multa, con los que se puede hacer cumplir el fallo, sin necesidad de utilizar sanciones que comprometan la libertad personal.**”*

Por lo tanto, en el caso concreto no resulta proporcional sancionar con arresto a el Coronel **Diego Alejandro Borbón Arias**, quien ostenta el cargo de DIRECTOR DE PRESTACIONES SOCIALES DEL EJERCITO NACIONAL, por cuanto no ha habido incumplimiento reiterado de la orden, pues no ha trascendido en exceso el término que otorgó este despacho para cumplir el fallo de tutela.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO:DECLARAR que el Coronel **Diego Alejandro Borbón Arias**, quien ostenta el cargo de **DIRECTOR DE PRESTACIONES SOCIALES DEL EJERCITO NACIONAL, INCURRIÓ EN DESACATO** de las órdenes impartidas por esta Unidad Judicial en el fallo de tutela de fecha veinticinco (25) de junio de 2018, según lo expuesto en la parte motiva de este auto.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **SANCIONAR** a el Coronel **Diego Alejandro Borbón Arias**, quien ostenta el cargo de **DIRECTOR DE PRESTACIONES SOCIALES DEL EJERCITO NACIONAL**, con multa equivalente a tres (03) salarios mínimos legales mensuales vigentes, consignados a la cuenta de ahorros del Banco Popular – CSJ- Multas y sus Rendimientos- CUN 3-0820-000640-8.

Suma que deberá consignar dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión a órdenes de la Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en la cuenta prevista para el efecto, **no sin**

antes advertir que los dineros destinados a pagar esta sanción deberán salir del propio patrimonio del sancionado, según lo establecido en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: REQUERIR a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Dirección de Prestaciones Sociales a través del funcionario sancionado para que dé cumplimiento total y definitivo al fallo de tutela de fecha 25 de junio de 2018, expedido dentro del proceso de la referencia.

CUARTO: NOTIFÍQUESE de forma personal la presente decisión al funcionario sancionado.

QUINTO: REMÍTASE el expediente al Honorable Tribunal Administrativo de Córdoba para que se surta el grado jurisdiccional de consulta según lo establecido en el inciso segundo del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: RECONÓZCASE personería para actuar al Abogado Elkin Ricardo Altamiranda Negrete, identificado con Cédula de Ciudadanía N°**78.713.750**, portador de la T.P. No. **271.958** del C.S. de la J, como apoderado de la parte demandante, en los términos y para los fines del poder conferido.

SEPTIMO: Por Secretaría, líbrense las notificaciones de rigor.

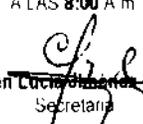
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ ELENA PETRO ESPITIA
Jueza

**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL
CIRCUITO DE MONTERÍA**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRONICO
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR
ESTADO ELECTRONICO

N° **60** De Hoy **27/julio/2018**
A LAS **8:00** A m


Carmen Cecilia Sánchez Corcho
Secretaria