

EFICACIA DEL INCIDENTE DE DESACATO POR INCUMPLIMIENTO DE
FALLOS DE TUTELA EN EL SISTEMA DE SALUD EN TULUÁ (2012-2013)

KELY MARLOBY CALDERON RODRÍGUEZ

JENIFFER RIVERA RAMÍREZ

UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS

PROGRAMA DE DERECHO

TULUÁ

2014

EFICACIA DEL INCIDENTE DE DESACATO POR INCUMPLIMIENTO DE
FALLOS DE TUTELA EN EL SISTEMA DE SALUD EN TULUÁ (2012-2013)

KELY MARLOBY CALDERON RODRÍGUEZ

JENIFFER RIVERA RAMÍREZ

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PRESENTADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE
ABOGADO

Dr. JUAN CARLOS RICARDO LADINO

DIRECTOR

UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS

PROGRAMA DE DERECHO

TULUÁ

2014

CONTENIDO

	PÁG
INTRODUCCIÓN	1
1. ELEMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA SOLICITUD DE CUMPLIMIENTO Y EL INCIDENTE DE DESACATO COMO MECANISMOS PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE TUTELA	3
2. RESULTADOS SOBRE LA EFICACIA DEL INCIDENTE DE DESACATO POR EL INCUMPLIMIENTO DE TUTELA EN EL SISTEMA DE SALUD EN TULUÁ	17
3. CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFIA	43

TABLA DE GRÁFICAS

	PÀG.
Gráfica 1. Servicios solicitados en los incidentes de desacato	19
Gráfica 2. Efectividad del incidente en cuanto al cumplimiento de lo ordenado	20
Gráfica 3. Razones del incumplimiento	22
Gráfica 4. Decisión primera actuación	24
Gráfica 5. Decisiones finales	27
Gráfica 6. Tipo de sanciones adoptadas en el incidente	28
Gráfica 7. Decisiones en sede de consulta	32
Gráfica 8. Tiempo transcurrido ente sentencia de tutela y solicitud de desacato	36
Gráfica 9. Tiempo entre solicitud de desacato y apertura del mismo	38

INTRODUCCIÓN

La acción de tutela es el mecanismo más frecuentemente empleado por los ciudadanos colombianos para la protección de sus derechos fundamentales, para un sin número de situaciones en donde puedan verse vulnerados derechos de esta categoría. Como tal, compromete un trámite procesal perentorio que culmina con una decisión de primera instancia, la cual debe ser cumplida de manera inmediata, en un término que no supere las 48 horas.

Si la orden no es acatada por el obligado a cumplirla (persona natural o jurídica) de forma oportuna y completa, el ordenamiento jurídico establece la figura del desacato en favor del beneficiario del fallo para hacerlo cumplir. Ante la presencia reiterada del incumplimiento de los fallos de tutela en la sociedad colombiana, se han venido desarrollando investigaciones tendientes a medir la eficacia del incidente del desacato frente al cumplimiento de las sentencias de tutela.

Al ser el derecho a la salud uno de los más vulnerados, particularmente por la negación en la prestación de servicios en el sistema de seguridad social en salud, se hace de interés investigar por la eficacia del incidente de desacato como mecanismo para lograr el cumplimiento de los fallos de tutela. Esta temática es de interés al ser poco abordada, al no existir cifras sobre la formulación de los incidentes de desacato ni sobre los niveles de cumplimiento de las sentencias. El debido cumplimiento de un fallo de tutela reviste importancia porque concreta la protección efectiva de los derechos y garantiza el acceso a la administración de justicia.

Así la pregunta de investigación responde a ¿Cuál es la eficacia del incidente de desacato por incumplimiento de fallo de tutela en el sistema de salud en Tuluá?. Donde el objetivo general se centra en analizar la eficacia del incidente de desacato; mientras los objetivos específicos buscan determinar los niveles de

cumplimiento e incumplimiento y los motivos que dan lugar a la declaratoria de desacato, al igual que establecer las medidas adoptadas por los jueces de tutela al conocer del trámite incidental de desacato.

El marco normativo en que gira la investigación es el Decreto 2591 de 1991, en sus artículos 27 (poderes del juez para el cumplimiento del fallo), 52 (desacato y sanciones) y 53 (sanciones penales). Al igual que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en donde se abordan los dos mecanismos establecidos por el legislador, el trámite de cumplimiento y el incidente especial de desacato, concretando su naturaleza, alcances y diferencias, como también los parámetros que deben tener en cuenta los jueces para su trámite.

Se trata de una investigación cuantitativa, de tipo socio jurídica y descriptiva, en la que se examinaron los expedientes de desacato tramitados en los juzgados del municipio de Tuluá, discriminados así: primero civil municipal, segundo civil municipal, segundo de familia, primero civil del circuito y cuarto penal municipal. Siendo el periodo de tiempo el comprendido en los años 2012 y 2013, tomando una muestra para cada periodo del 30% de expedientes, para un total de 70 expedientes. El instrumento de recolección de la información fue una ficha técnica, en la se relacionaban los siguientes aspectos: asuntos tratados; efectividad del incidente; razones del incumplimiento; decisiones de primera instancia; se acudió al superior del accionado; el accionado dio respuesta; decisiones finales; imposición de sanción; tipo de sanción; termino transcurrido entre la sentencia y la solicitud de desacato, entre otros.

Por último, en el informe final del trabajo de grado se presenta en un primer capítulo las consideraciones jurisprudenciales sobre el procedimiento y los mecanismos de ley para hacer cumplir los fallos de tutela y en un segundo se muestra los resultados de manera porcentual y utilizando gráficas.

1. ELEMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA SOLICITUD DE CUMPLIMIENTO Y EL INCIDENTE DE DESACATO COMO MECANISMOS PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE TUTELA

Al considerarse la existencia de mecanismos judiciales previstos para asegurar el cumplimiento de las sentencias de tutela, puede pensarse que el legislador tenía como finalidad la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho vigente desde la Constitución de 1991; en el que el derecho al acceso a la administración de Justicia se consagra como principio fundante de este modelo de Estado y en donde el cumplimiento de las decisiones judiciales se convierte en factor fundamental del mencionado derecho.

Así el acceso a la justicia no puede consistir únicamente en la posibilidad de acudir y plantear un problema ante las autoridades judiciales, por el contrario, solo alcanzara plena vigencia en la medida que el problema sea resuelto y que lo decidido en la sentencia se materialice en la realidad, es decir, que el fallo se cumpla de manera efectiva.

El cumplimiento de los fallos judiciales en razón a su connotación, por cuanto su vinculación con el ejercicio de otros derechos, se reviste de un valor trascendente, hasta alcanzar el carácter de derecho fundamental, en consideración a manifestaciones en tal sentido por parte de organismos jurisdiccionales Internacionales, que al ser reconocida su jurisdicción, su jurisprudencia se hace vinculante, siendo el caso de pronunciamientos en donde se determina el alcance del derecho al cumplimiento de los fallos judiciales, en el sentido de que¹:

la jurisdicción comprende la facultad de administrar justicia; no se limita a declarar el derecho, sino que también comprende la supervisión del cumplimiento de lo juzgado; es por ello necesario establecer y poner en funcionamiento mecanismos o procedimientos para la

¹ CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo Versus Panamá.

supervisión del cumplimiento de las decisiones judiciales, actividad que es inherente a la función jurisdiccional... el cumplimiento de las reparaciones ordenadas por el Tribunal en sus decisiones es la materialización de la justicia para el caso concreto...

En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha precisado los elementos con los cuales el acceso a la justicia puede ser real y efectivo, permitiendo concretar el carácter fundamental del derecho de los fallos tutelares, por lo que recae sobre el Estado la obligación de:

1. Abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización.
2. Adoptar medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho.
3. Facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y hacer efectivo su goce.

Por esto el derecho al acceso a la administración de justicia, abarca tres grandes etapas: el acceso efectivo al sistema judicial; el transcurso de un proceso rodeado de todas las garantías judiciales y decidido en un plazo razonable; la ejecución material del fallo. Siendo observable factores característicos en relación con el derecho al efectivo cumplimiento del fallo, entre otros: el factor temporal, referido al término de tiempo que media en el trámite de la acción y su posterior cumplimiento ó el término del trámite del incidente de desacato, en caso de incumplimiento ó demora; el factor subjetivo, en cuanto a la responsabilidad del obligado (la autoridad pública ó el particular que se sustrae al cumplimiento del fallo), ya que para la imposición de medidas sancionatorias deben brindársele garantías a los accionados renuentes.

Tales consideraciones son de mayor calado cuando se trata de sentencias de tutela, por cuanto el cumplimiento de los fallos compromete intereses superiores, entre los que resaltan: 1. la realización efectiva de los principios, derechos y

deberes consagrados en el ordenamiento superior; 2. el mantenimiento de la convivencia pacífica y 3. el respeto de la justicia, de los derechos al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia.

De tal manera se convierte en deber por parte de ciudadanos, funcionarios públicos y judiciales el acatamiento de los fallos judiciales, resultando a su vez la posibilidad para el funcionario de donde proviene el fallo de hacer cumplir los mismos, para lo cual el ordenamiento jurídico lo inviste de poderes precisos, en donde se incluye lograr el cumplimiento del fallo aun en contra de la voluntad de quien está llamado a ello por medios coercitivos.

Así el cumplimiento del fallo judicial se convierte en conducta obligada del accionado en la medida en que ello es elemento esencial del derecho fundamental de acceso a la justicia, por lo que su renuencia, dilación, demora ó incumplimiento² puede comprometer su responsabilidad (recuérdese, de carácter subjetiva) teniendo consecuencias en diversos ámbitos, dentro de los cuales adquiere poder el juez de conocimiento de cara a la imposición de medidas (disciplinarias) ante el incumplimiento al fallo.

En caso de una orden dada por un juez en sede de tutela, en donde se ordena la realización o la prestación de un acto (factor objetivo) y su posterior incumplimiento ó, como se mencionaba, su prolongación en el tiempo, da lugar a dos tipos de previsiones, unas relativas a la protección del derecho tutelado y al cumplimiento del fallo y, otras relacionadas con las sanciones imponibles a quienes sean responsables de dicho incumplimiento.

Estas reglas, sobre protección del derecho tutelado y cumplimiento del fallo, se encuentran en la norma que reglamenta la acción de tutela, es decir, el Decreto

² la materialización del fallo en sede de tutela, por la propia naturaleza del mecanismo tutelar y conforme al criterio temporal, radica en su inmediatez, determinando así su eficacia, por lo que la demora o prolongación en el tiempo en su cumplimiento también atenta contra el derecho fundamental al acceso a la justicia

2591 de 1991. En cuanto a la protección del derecho tutelado y cumplimiento del fallo, los artículos 23 a 28, siendo de interés lo que dispone el primero de éstos, y que a su literalidad dispone:

“ARTICULO 23.-Protección del derecho tutelado. *Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible.*

Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenara realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. Si la autoridad no expide el acto administrativo de alcance particular y lo remite al juez en el término de 48 horas, éste podrá disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenara su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto.”

Este articulado contempla dos supuestos: si la tutela se dirige contra una acción ó contra una denegación de un acto ó una omisión. En el primer supuesto se trata de garantizar el goce pleno de un derecho, mediante la cesación inmediata de la conducta o actuación que lesiona vulnera el derecho protegido. En el siguiente supuesto, la denegación de un acto, se tiene por objeto la realización del acto, en un plazo prudencial y perentorio, por lo que se establece un término preciso, que de suyo determina inmediatez, como lo son las 48 horas.

De otro lado, se prevén las reglas relativas al cumplimiento del fallo, debiéndose seguir lo siguiente:

“ARTICULO 27.-Cumplimiento del fallo. 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, ordenara 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.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.”

Este articulado precisa que la persona o autoridad sobre la que recae el cumplimiento del fallo, debe hacerlo sin demora, por lo que en caso de no cumplirlo dentro del término fijado, debe acudir al superior de responsable, requiriéndolo para que lo haga cumplir, a demás de abrirse de oficio proceso disciplinario en contra del incumplido. Una vez transcurrido el termino fijado y mantenerse el incumplimiento, puede extenderse el proceso disciplinario al superior del obligado, siendo posible sancionar por desacato a ambos hasta el efectivo cumplimiento del fallo. Se hace mención de la responsabilidad penal que compromete a estas personas.

De lo anterior se desprende la existencia de un régimen sancionatorio para los casos de incumplimiento del fallo de tutela. Inicialmente se establece la sanción a que se puede hacer acreedor toda persona que incumpla una orden judicial emitida por juez de tutela, para lo cual se dispone que:

“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.*

NOTA: Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-367 de 2014, en el entendido de que el incidente de desacato allí previsto debe resolverse en el termino establecido en el artículo 86 de la Constitución Política.

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 el efecto devolutivo. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-243 de 1996”

Por su parte, el siguiente artículo referenciado fija tres tipos de responsabilidad penal imputables a la persona que incumpla el fallo de tutela y al juez por no garantizar y vigilar el cumplimiento del mismo. Sobre esto se hacen las siguientes consideraciones:

“ARTICULO 53.-Sanciones penales. *El que incumpla el fallo de tutela o el juez que incumpla las funciones que le son propias de conformidad con este*

decreto incurrirá, según el caso, en fraude a resolución judicial, prevaricato por omisión o en las sanciones penales a que hubiere lugar.

También incurrirá en la responsabilidad penal a que hubiere lugar quien repita la acción o la omisión que motivo la tutela concedida mediante fallo ejecutoriado en proceso en el cual hubiera sido parte.”

Por lo tanto se le otorgan amplios poderes al juez de conocimiento para lograr el cumplimiento del fallo de tutela, a la vez que se le radica responsabilidad, tanto disciplinaria como penal. El obligado ante la conducta de incumplimiento, de repetición de la acción ó de omisión, puede incurrir en el delito de fraude a resolución judicial. El juez de conocimiento que no observe a cabalidad sus funciones, no siga las disposiciones pertinentes, e incluso, no le haga seguimiento al fallo y al incidente de desacato, puede incurrir en el delito de prevaricato por omisión.

A demás, el juez que dicta la providencia goza de poder disciplinario frente a la persona que la incumple. Estas facultades las tiene dentro del tramite tutelar y del incidente de desacato. En este último, se trata de juzgar la conducta seguida por la persona sobre quien recae el cumplimiento de la orden judicial. El juez debe valorar tres criterios: el objetivo, cumplimiento de la orden; el subjetivo, las razones o circunstancias que aduce el obligado para justificar su incumplimiento y, finalmente, el temporal, es decir, el tiempo transcurrido desde la emisión del fallo tutelar y su real y efectivo cumplimiento.

Al momento de realizar su valoración, el juez debe analizar en conjunto los tres criterios, especialmente el subjetivo, si es del caso sancionar la conducta de quien omite el cumplimiento del fallo. Ante un fallo de tutela el obligado tiene dos opciones: cumplirla de manera inmediata y adecuada, esta es la regla; ó probar de manera inmediata, eficiente, clara y definitiva la imposibilidad de cumplirla, esta es

la excepción. La Corte, en aras de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, ha establecido las condiciones que deben cumplirse para que válidamente se justifique el incumplimiento. En tal sentido, *la conducta de incumplir no obedece a la voluntad de la persona llamada a cumplir con la providencia judicial, sino que responde a una situación de imposibilidad física y jurídica.*

Tiene por tanto desarrollo jurisprudencial los requisitos que deben demostrarse en las situaciones en que por circunstancias que exceden la voluntad de la persona obligada a cumplir el fallo, pueda evitarse la imposición de sanciones en sede de desacato e incluso revocarse la declaratoria del mismo o, proceder como decisión final, a su desestimación. Por tanto la imposibilidad que aduzca el obligado, debe ser real y probada, de manera eficiente, clara y definitiva, por el contrario, no puede ser una imposibilidad formal ó enunciada.

Estas consideraciones interesan tanto para la configuración de la responsabilidad subjetiva y la imposición de sanciones a quien es renuente o dilatorio en el cumplimiento del fallo de tutela, como para efectos judiciales orientados a la satisfacción material del derecho tutelado, siéndole dable al juez acudir a otros medios que permitan el cumplimiento real y efectivo del fallo³.

Al tener en cuenta lo anterior, debe tenerse en cuenta que para garantizar el cumplimiento de los fallos de tutela, la normatividad correspondiente contempla dos procedimientos judiciales, enfocados a superar el estado de vulneración de los derechos fundamentales pendientes de resolución ante el incumplimiento, al igual que para exigir el efectivo acatamiento de las ordenes proferidas por el juez de

³ En una sentencia de revisión de acción de tutela, en la que se revocaba, en sede de consulta, la declaración de desacato proferida por el juez de primera instancia, en razón, a que a juicio del Tribunal, los demandados no habían podido dar cumplimiento a la sentencia de tutela por razones *ajenas a su voluntad*. Procediendo a fijar nuevo plazo para que los accionados cumplieran lo ordenado. Entre tanto, en sede de revisión se revoca lo decidido, pero ordenando la adopción de las medidas necesaria que permitan mantener el margen de protección del derecho tutelado. Sentencia T-086 de 2006.

tutela. Para lo primero, se contempla el trámite de cumplimiento; para lo segundo, se estatuye el incidente de desacato.

Se desprende de lo que dispone el Art 27 del Decreto 2591, ya transcrito, que el juez que concede la tutela mantiene la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminada las causas de la amenaza. De esto se entiende que el juez tiene la obligación de hacer cumplir lo proveído en su fallo. Donde la finalidad básica del trámite de cumplimiento se contrae a dos cosas: analizar objetivamente si la orden de amparo se ha cumplido (criterio objetivo) y de no ser así, adoptar todas las medidas necesarias para el real y efectivo cumplimiento del fallo.

Este trámite se considera como obligatorio para el juez de conocimiento, siendo posible su inicio de oficio, a petición de parte (para su impulso) ó por el Ministerio Publico (que le puede hacer seguimiento). Para su inicio debe ponérsele en conocimiento de la situación de incumplimiento, dilación ó prolongación en el tiempo del cumplimiento del fallo al juez de conocimiento para que tome las medidas pertinentes. Ha sido la Corte quien precisa las medidas o acciones de que puede valerse el juez: decretar y practicar pruebas y ajustar y complementar las órdenes emitidas.

A su turno, una vez el interesado ve burlado sus intereses ante el incumplimiento de lo ordenado en sede de tutela, puede promover (se requiere petición de parte) un incidente de desacato, con la finalidad de que el juez de conocimiento y por medio del tramite incidental, haga cumplir sus ordenes y, si es del caso, haga uso de sus facultades disciplinarias, según lo disponen los Artículos 52 y 53 ya transcritos, mediante la imposición de pena de arresto y multa.

Este trámite que es de naturaleza especial, finaliza con un auto que no es susceptible de recurso alguno, salvo en el grado de consulta en el caso de que

incluya sanción⁴. En atención a su carácter especial, la jurisprudencia constitucional ha establecido los supuestos en los cuales procede su petición:

1. Cuando no ha sido cumplida la orden dictada en un fallo de tutela
2. Cuando el cumplimiento ha sido insuficiente o incompleto
3. Cuando no ha sido obedecidas otras decisiones tomadas por el juez en el curso del proceso
4. Cuando no se obedece la orden judicial dada al demandado de no volver a incurrir en las conductas que dieron origen a la vulneración de los derechos fundamentales
5. Cuando el demandado no cumple dentro de los términos señalados por la providencia judicial.

Donde el objetivo primordial del incidente de desacato se descubre durante su trámite, en la medida que se verifique el incumplimiento del fallo, por lo que el juez entra a desplegar un poder de carácter coercitivo, en tanto que para vencer la renuencia del obligado puede sancionarlo, tanto disciplinariamente (al mismo y a su superior) como pecuniariamente y con arresto.

La Corte Constitucional, sobre este particular, el carácter coercitivo del incidente, en sus pronunciamientos reconoce que la posibilidad de una sanción y una investigación disciplinaria dentro de dicho trámite, permite persuadir al accionado para que este se avenga al cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia⁵. Así

⁴ La consulta lleva la decisión sancionatoria al juez de nivel superior para establecer la legalidad de la decisión adoptada, con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica, que en instancia de incidente de desacato radica en cabeza de la persona a quien se le impone la sanción de multa o privación de la libertad por el incumplimiento de la orden de tutela. Sentencia T-421 de 2003. Así como herramienta de persuasión, el poder sancionador del juez no es absoluto, por lo que se le reconoce al accionado una situación de debilidad en la medida que la sanción sea demasiado gravosa ó desproporcionada, según su conducta durante el trámite de tutela y el incidental (criterio subjetivo).

⁵ La finalidad del incidente de desacato no es la imposición de la sanción en sí misma, sino la sanción como una de las formas de búsqueda del cumplimiento de la sentencia.

pueden presentarse dos situaciones: se inicie el trámite incidental, el juez en su primera decisión ordene el cumplimiento del fallo y el accionado reconociendo su conducta proceda a acatar la sentencia; se haya adelantado todo el procedimiento y el juez en su decisión final estipule sancionar al responsable, éste cumpla con lo ordenado y se salve del castigo impuesto.

De igual manera, la Corte ha definido el ámbito de acción de que goza el juez de conocimiento en este trámite incidental. De entrada le queda vedado el modificar el contenido sustancial de la orden proferida ó redefinir los alcances de la protección concedida. En cambio y de manera excepcional, si puede proferir órdenes adicionales o introducir ajustes, todo ello justificado por alcanzar y asegurar la protección efectiva del derecho pero dentro de los precisos márgenes que concretan el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de cosa juzgada.

De acuerdo a todo lo anterior y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se mencionan las diferencias existentes entre estos dos mecanismos, sobre la base de que se trata de figuras independientes entre sí. Se establecen las siguientes diferencias:

1. Puede ocurrir que otra vez del trámite de desacato se logre el cumplimiento, lo cual no significa que la tutela no cumplida solo tenga como posibilidad el incidente de desacato, en tanto existe el trámite de cumplimiento, mediante el cual el juez de oficio puede adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento.
2. Si bien todo desacato implica incumplimiento, no todo incumplimiento conlleva a un desacato, puesto que al valorarse el criterio objetivo, puede verificarse la falta de acatamiento de la sentencia por razones ajenas a la voluntad del obligado (no se configura la responsabilidad subjetiva), situación en la cual es improcedente la imposición de sanciones.

3. El juez de conocimiento siempre conserva la obligación de hacer cumplir integralmente el fallo de tutela, por lo que la existencia o la iniciación del incidente de desacato no lo releva de tal obligación, siendo por tanto prevalente y preferente el trámite de cumplimiento.
4. El trámite de cumplimiento no es prerrequisito para el trámite del incidente de desacato, siendo posible que en forma paralela al cumplimiento de la decisión se inicie el trámite de desacato.

Es de interés mencionar como último punto, algunas anotaciones acerca de aspectos procesales referentes a los trámites de cumplimientos y de incidente de desacato, precisando las diferencias existentes entre estos mecanismos, las cuales son⁶:

1. El cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal.
2. La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva; la exigida para el desacato es subjetiva.
3. 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

De otro lado, en la jurisprudencia constitucional se reitera que tanto el trámite de cumplimiento como el de desacato, son los medios idóneos y eficaces para hacer cumplir los fallos de tutela, en donde el interesado debe tener en cuenta las siguientes etapas en cada uno de ellos⁷:

Para el trámite de cumplimiento se deben agotar tres etapas:

⁶ Sentencias T-458 de 2003, T-897 de 2008, T-652 de 2010, entre otras.

⁷ Esta es la sentencia que determino que el incidente de desacato se debe de resolver en 10 días. 14 de Agosto de 2014. Disponible en: <http://www.ambitojuridico.com/>

- Una vez dictado el fallo, debe cumplirse sin demora por la persona a la que le corresponda.
- Si esa persona no lo cumple dentro de las 48 horas siguientes, el Juez se debe de dirigir al superior de aquella, para que haga cumplir el fallo y se inicie un proceso disciplinario.
- Si no se cumple el fallo dentro de las 48 horas siguientes, el Juez ordenara abrir un proceso contra el superior que no hubiera procedido conforme a la decisión de tutela y adoptara directamente las medidas para su cumplimiento.

Debe agregarse que así el trámite sea de oficio, el interesado debe poner en conocimiento de la situación de incumplimiento del fallo o de su prolongación en el tiempo al Juez de conocimiento.

Para el trámite del incidente de desacato, se siguen cuatro etapas:

- Comunicar a la persona incumplida la apertura del incidente, para que pueda dar cuenta de la razón por la que no cumplió y presente sus argumentos de defensa.
- Practicar las pruebas solicitadas que sean conducentes y pertinentes con la decisión.
- Notificar la providencia que resuelve el incidente.
- Remitir el expediente en consulta al superior.

Adicionalmente, ante la ausencia de regulación legal en relación con el termino para que el juez se pronuncie frente al posible desacato, se decidió establecer el termino de hasta diez (10) días para su trámite y fallo. Para el caso de que lo decidido en el incidente de desacato llegue a consulta al superior jerárquico, este a su vez deberá decidir dentro de los tres (3) días siguientes si confirma o revoca el fallo, particularmente si revoca la sanción impuesta por el juez de conocimiento.

Dentro de dicho termino, la jurisprudencia constitucional contempla dos posibilidades. Si se empieza el trámite de desacato y el accionado quiere evitar la imposición de sanción, basta con cumplir la sentencia de tutela. Si se ha adelantado todo el procedimiento, decidiéndose sancionar al accionado, éste puede salvarse de la sanción, multa o arresto, cumpliendo el fallo.

Quedando por comentar dos situaciones: la procedencia de algún recurso sobre el fallo del incidente de desacato y la improcedencia de la acción de tutela contra el mismo. De acuerdo con el Art 52 del Decreto 2591 de 1991, al consagrar un trámite incidental especial, el cual concluye con un auto, el mismo nunca es susceptible de recurso alguno, caso de apelación, pero si el mismo es de carácter sancionatorio, aplica el grado de consulta ya comentado.

Sobre la improcedencia de la acción de tutela contra el incidente de desacato, ha estimado la Corte Constitucional que no pueden atacarse las decisiones que se adopten en el tramite incidental de desacato por vía de tutela, salvo en casos donde exista vías de hecho. Tal consideración, la improcedencia del mecanismo tutelar, tiene sustento en que volver a verificar los hechos que originaron la decisión en sede de tutela, conduciría a reabrir una discusión jurídica ya concluida desconociéndose el principio de la cosa juzgada.

2. RESULTADOS SOBRE LA EFICACIA DEL INCIDENTE DE DESACATO POR EL INCUMPLIMIENTO DE TUTELA EN EL SISTEMA DE SALUD EN TULUÁ

En diferentes estudios se ha encontrado que los Derechos más invocados en los incidentes de desacato han sido el derecho de petición y el derecho a la salud. Encontrándose que la petición generalmente persigue el cumplimiento de un derecho relacionado con la salud. En ambos casos la reclamación en sede de tutela se soporta en el carácter fundamental que adquiere el derecho a la salud en ciertos casos, como cuando los sujetos involucrados son de especial protección, como los niños y los ancianos. También se argumenta la trascendencia que alcanza el derecho a la salud si se considera su conexidad con el derecho a la vida, por lo que su aplicación debe ser directa, consideración que prevalece en el trámite de tutela y la cual debe ser garantizada durante el trámite de los desacatos, por lo que las decisiones de los jueces a cargo de los incidentes debe siempre garantizar el cumplimiento del fallo y la efectiva prestación del servicio.

Ahora bien, dentro del derecho a la salud, se recurre a la acción de tutela buscando básicamente la atención en salud, en donde los Derechos protegidos son de aquellos que se encuentran dentro del sistema de seguridad social en salud, en los planes de beneficios, los cuales son servicios de obligatoria prestación (POS), existiendo otros que no lo son (no POS), pero que en conjunto los beneficiarios solicitan de manera reiterada.

Desafortunadamente la solicitud de los servicios de salud en el país se hace por medio de la acción de tutela, interpuestas por los ciudadanos para reclamar procedimientos, medicamentos y tratamientos que están cubiertos económicamente por el sistema y que por tanto tienen derecho a ellos. La tendencia indica que siete de cada diez tutelas de salud son para reclamar servicios POS.

Así mismo y de acuerdo con el seguimiento anual que hace la Defensoría del Pueblo, cada 5 minutos hay una nueva tutela de salud en el país⁸, por lo cual se ha vuelto costumbre la interposición de este mecanismo de amparo para reclamar servicios de salud. Siendo lo más impactante que se deba acudir a este mecanismo para acceder a los servicios contenidos en el POS.

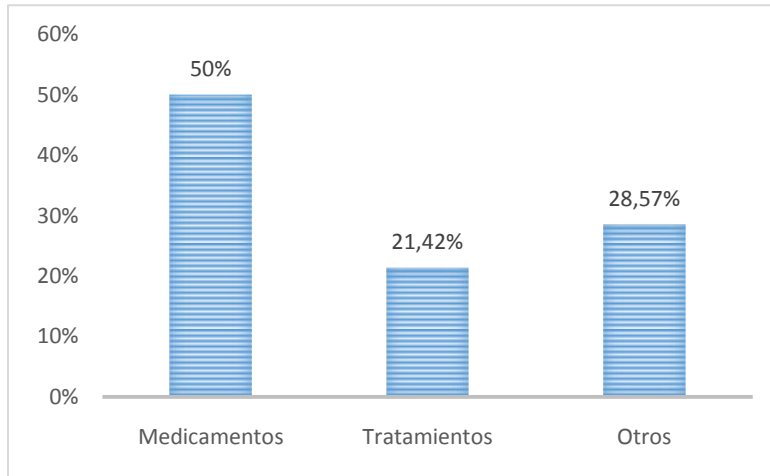
La situación es muy clara. Se niegan servicios a los que por ley se tiene derecho. Las entidades que más reciben reclamos por esta vía son las EPS (casi 8 de cada 10 tutelas), las entidades territoriales y los hospitales. El fenómeno es nacional dado que en 859 de los 1123 municipios que tiene el país, sus pobladores recorrieron a la tutela con este propósito.

Ante esto, el ente de vigilancia de los derechos ciudadanos precisa que: la acción de tutela se mantenga sin modificaciones y que se investigue a los jueces que no les hagan seguimiento a los fallos (el 80.67% salen a favor de los ciudadanos) y a los incidentes de desacato impuestos contra quienes incumplen estas órdenes.

⁸ Informe de Defensoría revela que siete de cada 10 tutelas de salud son para reclamar servicios POS. Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Disponible en: www.hchr.org.co

Gráfica 1

SERVICIOS SOLICITADOS EN LOS INCIDENTES DE DESACATO



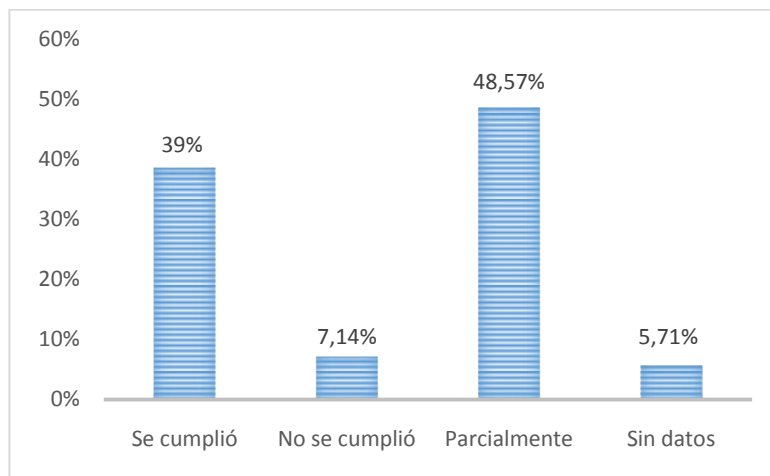
En lo que respecta a los servicios que se requieren por medio de la acción de tutela, una gran proporción de incidentes se tramitan para reclamar medicamentos, tratamientos e intervenciones, servicios contemplados dentro del plan obligatorio y que, se supone, que están cubiertos económicamente. En el 50% de los casos se busca la entrega de medicamentos, desde los más sencillos como los analgésicos y el omeprazol, hasta los más complejos para enfermedades de alto costo, como también para la entrega de medicamentos comerciales, por recomendación expresa del médico tratante, mientras que la EPS quiere suministrar medicamentos genéricos. En el 21.42% se ubican los casos de incidente de desacato generados por la negación de tratamientos y procedimientos, como exámenes de laboratorio, radiografías y cirugías. En el 28.57% de los casos se trata de solicitudes como entrega de pañales, leche, citas en medicina general y especializada, transporte en ambulancia, reconocimiento de transporte para citas o procedimientos en otras ciudades.

Dentro del trámite judicial el juez fija el término para el cumplimiento de lo ordenado, pudiendo constatarse que en la gran mayoría de los casos el mismo fue

de hasta 48 horas, en tanto el Decreto de 1991 en sus artículos 27 y 29 establece un plazo perentorio para ello. Mientras que al hacer el seguimiento con los beneficiarios del sistema, se reporta un mayor tiempo en el cumplimiento de lo resuelto, pudiendo trascurrir hasta tres meses, perdiéndose la especial naturaleza de tramite incidental, es decir, su perentoriedad. Esto ocurre, según se le indica al usuario por parte de su EPS, por factores administrativos de difícil manejo que demora la efectiva prestación del servicio. Valdría la pena analizar la validez de tales justificantes, pues con ello lo que se produce es una vulneración del derecho al acceso de administración de justicia al impedirse la materialización de las decisiones en las sentencias de tutela.

Gráfica 2

EFFECTIVIDAD DEL INCIDENTE EN CUANTO AL CUMPLIMIENTO DE LO ORDENADO



Una vez interpuesto el incidente de desacato, la proporción de accionados que acataron lo dispuesto por la autoridad judicial corresponde al 39% de los casos. En un 7.14% de los casos los obligados se negaron a acatar las órdenes.

Correspondiendo como conducta más frecuente de los accionados la de dar cumplimiento parcial de lo ordenado, como ocurre en el 48.57% de los casos. En general, los accionados manifiestan la voluntad de acatar lo ordenado como una forma de plegarse a las exigencias del ordenamiento jurídico, como también para evitar las consecuencias previsibles del incumplimiento (multa, arresto), pero bajo el argumento de seguir los procedimientos administrativos en que se organiza el sistema de seguridad social en salud, lo que hace es postergar el cumplimiento del fallo, prolongando y dilatando el acatamiento de la orden de tutela y del incidente de desacato, saltándose los términos, desconociendo la vinculatoriedad de los fallos judiciales. Así, la prolongación del cumplimiento de la orden judicial *desnaturaliza el objetivo específico del incidente de desacato pues se presenta como la única opción para el posible cumplimiento del fallo.*

Es de reconocer que para Tuluá el porcentaje de cumplimiento del 39% significa un avance en relación con la materialización de los derechos protegidos en salud, aunque dicho cumplimiento se prolonga en el tiempo, por lo que falla el factor términos. Otro valor relevante corresponde al 48.57% de los casos en donde se encuentra un cumplimiento parcial, particularmente debido a que estas obligaciones son de aquellas denominadas *de tracto sucesivo*, por lo que el usuario debe permanentemente reclamar atención ante su EPS usando el fallo de tutela y de desacato y, en muchas ocasiones accionar nuevamente en sede de desacato. Esto desmotiva al usuario, por lo que algunos manifestaron haber desistido de reclamar los servicios por vía judicial.

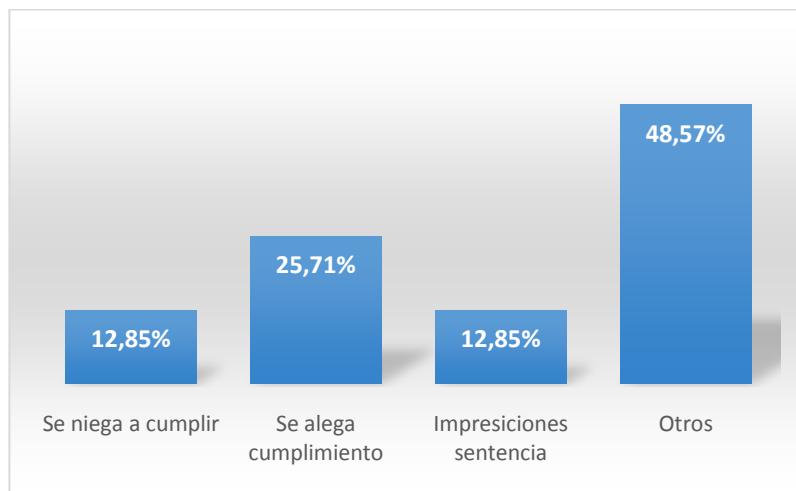
Para el caso de la eficacia del incidente de desacato en el sector salud, puede ocurrir que la protección otorgada mediante el fallo tutelar, se difiera en el tiempo, incluso por un espacio indefinido, en tanto la orden impartida reviste de complejidad o su cumplimiento se difiere en el tiempo, caso del suministro de pañales a una persona de la tercera edad, la diálisis continua para paciente con fallo renal; situaciones en donde la obligación por ser de *tracto sucesivo* ameritan su

protección continua, por lo que el incidente de desacato debe promoverse de manera sucesiva y en cualquier momento, de manera que se asegure el cumplimiento del fallo de tutela.

La Corte explica que el juez de tutela debe mantener su competencia en el proceso de amparo de manera integral, es decir, desde el inicio de la acción hasta que se haya restablecido el derecho vulnerado, conservando facultades tanto para el trámite de cumplimiento como para el de desacato. Así debe ser, al tenor de lo que dispone el artículo segundo constitucional, el cual ordena que *todas las autoridades estatales (incluyendo los jueces) deben garantizar el goce efectivo del derecho, por encima de las dificultades prácticas y trabas formales.*

Gráfica 3

RAZONES DEL INCUMPLIMIENTO



Al momento de valorar las razones o justificantes que se aducen para el cumplimiento o incumplimiento de lo ordenado, salen a flote aspectos muy precisos y, al parecer, justificables, como cuando las EPS se escudan en la no provisión o existencia en farmacia de medicamentos, pañales, leche, como razón

para alegar un incumplimiento “forzoso”; también se aduce que el servicio solicitado es no POS y por tanto se encuentra excluido.

En la distribución porcentual, el accionado se niega a cumplir en un 12.85% de los casos; se alega cumplimiento de lo ordenado, en el 25.71%; se aduce la imposibilidad de cumplir o la imprecisión en cuanto a la naturaleza de la prestación, en el 12.85%; mientras que en un importante margen, 48.57%, se alegan diferentes razones, como el cumplimiento efectivo o el cumplimiento aparente.

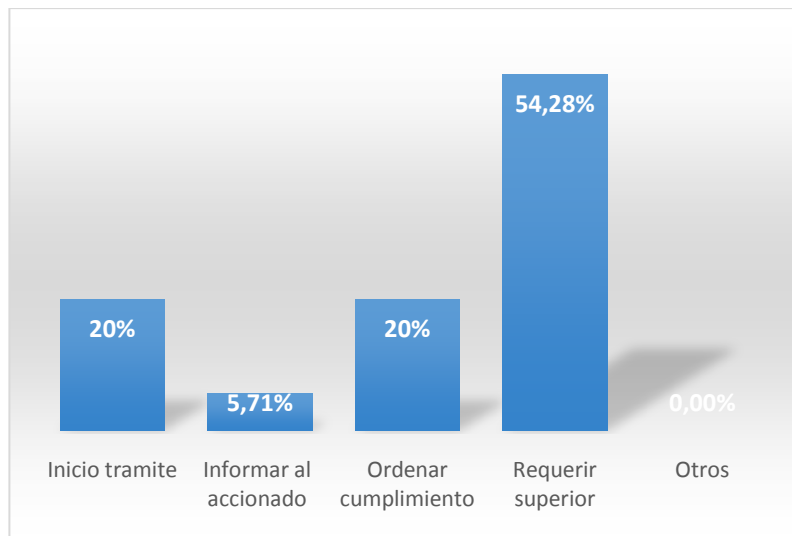
La jurisprudencia constitucional se ocupa de esta temática, el cumplimiento oportuno y completo de la orden de tutela (Sentencia T-553 de 2002) y de las razones que el obligado alega para justificar su incumplimiento. Sobre lo primero se reitera que la naturaleza de la figura del amparo hace que el cumplimiento del fallo deba ser rápido, sin que sea admisible la dilación o demora, porque se estaría desnaturalizando su principal característica, la inmediatez. Pero además, al seguir este parámetro, la conducta de cumplimiento del obligado, en este ámbito de la salud, debe cumplir con dos aspectos: la oportunidad entendida como la prestación del beneficio en el momento indicado, conforme las situaciones en concreto que tenga el ciudadano y que la prestación abarque la totalidad del servicio solicitado.

Así al no cumplirse con estos requisitos, el cumplimiento de lo ordenado deja de serlo para convertirse en aparente o formal, sea porque falta a la oportunidad o a su cabalidad (cumplimiento completo). Igual consideración se hace sobre la posibilidad o imposibilidad que alegue el obligado para su cumplimiento o para negarse de plano, donde sus argumentos deben ajustarse a condiciones precisas: su conducta de incumplimiento no puede obedecer simplemente a su voluntad sin mayores explicaciones, debe responder a una situación de imposibilidad física y jurídica, plenamente demostrada. Así las razones meramente formales o enunciativas no pueden ser de recibo por parte del juez de conocimiento, lo que

ocurre en la mayoría de los casos, 48.57%, en donde el cumplimiento es aparente, formal o incompleto (caso de las ordenes de tutela de tracto sucesivo).

Gráfica 4

DECISIÓN PRIMERA ACTUACIÓN



El trámite del incidente de desacato no tiene definido el orden o las medidas que debe seguir el juez de conocimiento, siendo posible que los despachos adopten decisiones distintas para dar impulso al incidente. Se considera muy importante esta etapa procesal en cuanto puede ser determinante para el efectivo cumplimiento de la sentencia.

Las decisiones que se pueden tomar se concretan en: dar inicio al trámite, informar al demandado, ordenar cumplimiento de la sentencia y requerir al superior del accionado. En la revisión de los cuadernos en que se relacionan los trámites seguidos por los despachos judiciales en el municipio de Tuluá se observa que los funcionarios combinan las decisiones a seguir, teniendo como parámetro frecuente requerir al superior del accionado, además de informar a este sobre el trámite

incidental y ordenarle cumplir con lo fallado en el trámite tutelar, lo que se hace en el 54.28% de los casos. Esta conducta por parte de los jueces es conveniente al involucrar desde el inicio del trámite distintas estrategias que en conjunto auguran el éxito del incidente, es decir, obligar al demandado a cumplir con lo ordenado.

Además de que en la apertura del trámite incidental se informa al superior como medida adicional se requiere al superior jerárquico en la totalidad de los expedientes consultados, como herramienta de que se vale el juez para comprometer a la institución prestadora del servicio de salud. Una vez se informa al demandado, la ley establece que este debe dar respuesta, fijando su posición frente al incumplimiento de lo dispuesto en instancia de tutela. Los despachos judiciales anotan que en más del 90% de los casos hubo respuesta por parte de los accionados.

La jurisprudencia es pródiga en precisar que si se trata de hacer cumplir un fallo de tutela, el instrumento principal es el trámite de cumplimiento. Al revisar los cuadernillos en los despachos judiciales en el municipio de Tuluá, no aparece registro en cuanto al efectivo trámite del cumplimiento del fallo, lo cual supondría la no observancia de este mecanismo, pero al ser consultados algunos funcionarios, manifestaron que dentro de trámite incidental se adoptan medidas en conjunto, como por ejemplo iniciar el trámite, informar al accionado, ordenar el cumplimiento del fallo y requerir al superior, para tratar de darle aplicación al deber constitucional del trámite de cumplimiento, a la vez que se involucrar al superior del obligado, recordándoles a ambos que pueden verse involucrados en sanciones, para de esa forma estimular el cumplimiento de la orden de tutela.

En el futuro es conveniente llamar la atención de los funcionarios judiciales para que se utilice el trámite de cumplimiento, si se concediera que el mismo es obligatorio para el juez y debe ser asumido de oficio. Sobre esta particular los funcionarios consultados afirman que la persona interesada debe poner en

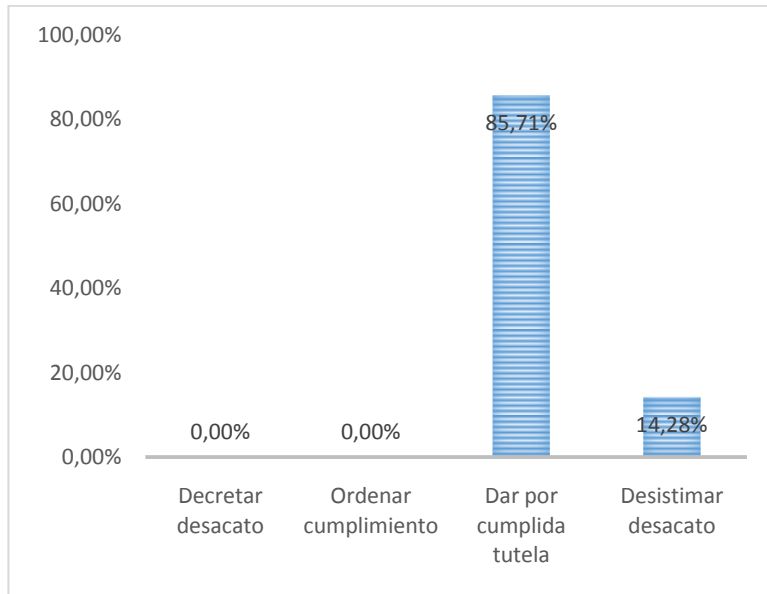
conocimiento del juzgado la situación de incumplimiento, de dilación en cumplimiento, de cumplimiento formal o parcial, para que de esta forma se tomen las medidas del caso.

De no ser así se le hace imposible a la autoridad judicial poder velar por el cumplimiento de los fallos de tutela, lo que de por sí se torna difícil ante la avalancha de acciones de tutela que se presentan diariamente en temáticas de salud. Esto pone en aprietos al sistema judicial pues la regla debiera ser el trámite de tales solicitudes directamente ante las instancias respectivas, o sea las EPS, donde la excepción fuera la acción de tutela como mecanismo para la protección de derechos, pero la excepción se convierte en regla, los usuarios acuden directamente al recurso de amparo para solicitar la prestación de servicios contemplado en el sistema. Por esto no carece de certeza esa afirmación de que *la Rama Judicial esta coadministrando la salud... son los jueces de tutela quienes a través de este mecanismo resuelven problemas de salud de la gente.*

Esta situación agudiza la crisis que viene arrastrando el sistema de justicia al congestionar aún más los despachos judiciales, poniendo en aprietos a los funcionarios, quienes deben además de tramitar rápidamente la acción, deben posteriormente hacerle seguimiento, no solamente al fallo inicial, sino también al incidente de desacato. Al ser enterados de lo propuesto por la Defensoría del Público acerca del deber de hacerle seguimiento a los fallos y a los incidentes de desacato so pena de abrir investigaciones, consideran injusto tal medida, ante la magnitud que alcanza la problemática y que excede la capacidad funcional de los despachos judiciales.

Gráfica 5

DECISIONES FINALES

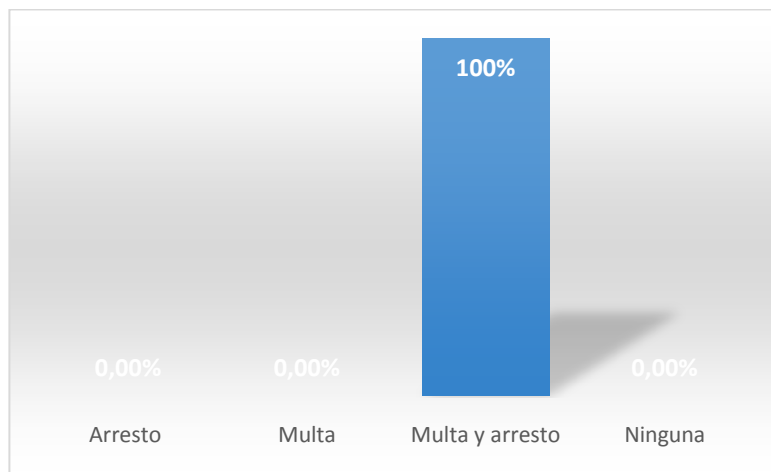


Una vez tramitado el incidente, las decisiones finales adoptadas por los jueces en el municipio de Tuluá fueron básicamente de dos tipos, dentro de varias posibles: decretar desacato, en trámite, ordenar cumplir, dar por cumplida la sentencia por tutela y desestimar el desacato. En un 85.71% de los casos los jueces declararon cumplida la sentencia de tutela, mientras en el 14.28% de los casos se inclinaron por desestimar el desacato. Se demuestra la alta frecuencia en la declaratoria de dar por cumplida la acción de tutela frente a la consideración del 48.57% de los cuadernillos en que se reporta el cumplimiento parcial, por lo que no se encuentra coherencia entre el supuesto alto nivel de cumplimiento considerado por los despachos judiciales y la realidad del mismo: el cumplimiento parcial, que se constata por los cuadernillos consultados y por las opiniones brindadas por los accionantes.

En ninguno de los casos se concluyó el trámite incidental con el decreto del desacato, situación preocupante si se considera el relativo bajo nivel de cumplimientos reportados (el 39% de los casos), por lo tanto la decisión final más frecuente podría ser la de desacato. Similar consideración puede hacerse acerca de la declaratoria de desestimación del desacato, lo que ocurre en el 14.28% de los casos, si se tiene en cuenta la información aportada por algunos ciudadanos en donde, de acuerdo con las situaciones fácticas planteadas, era evidente el incumplimiento del fallo de tutela por parte de las EPS, encontrándose casos de incumplimiento aparente o de cumplimiento formal.

Gráfica 6

TIPO DE SANCIONES ADOPTADAS EN EL INCIDENTE



El artículo 52 del Decreto 2521 de 1991 establece las sanciones a que se hace acreedor toda persona que incumpliere una orden de un juez de tutela. Para la imposición de tales sanciones debe tramitarse el incidente de desacato, donde el juez debe hacer un juicio de valor sobre la conducta seguida por el obligado, para establecer la responsabilidad subjetiva de éste.

Esta facultad de que goza el juez tutelar es de naturaleza disciplinaria, por lo que el juicio de valor puede comprometer aspectos como los grados de modalidad de culpa o negligencia con que haya actuado el obligado (o las personas de las cuales dependa el cumplimiento de la orden), las posibles circunstancias de justificación, agravación o atenuación de la conducta, entre otros.

Del estudio de los expedientes judiciales no es posible evidenciar si el juez tuvo en cuenta o no la responsabilidad subjetiva del accionado, o los elementos de juicio de los que pudo haberse valido para determinarla. Si queda claro el total cumplimiento por parte de éstos funcionarios de lo dispuesto por el mencionado artículo 52, en el que se sanciona el desacato con arresto hasta de 6 meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales. Así en el 100% de los casos la decisión final incluyó la imposición de sanción, consistente, también en el 100% de los casos, en multa y arresto.

Al parecer de algunos funcionarios judiciales consultados, la imposición de esta sanción en la mayoría de los casos ayuda al efectivo cumplimiento del fallo tutelar, pues generalmente al notificársele la decisión, el obligado lo cumple rápidamente para evitar la sanción, especialmente la de arresto. Pero a la vez puede convertirse en factor de dilación y demora en su cumplimiento, en tanto el funcionario obligado “le da largas” al cumplimiento del fallo hasta que salga la decisión final del trámite incidental y verifique si es sancionado o no.

Otro elemento a considerar en ese juicio de responsabilidad subjetiva, es el relativo a la identificación de las razones por las cuales el destinatario de la orden no la cumple, o no lo hace de forma oportuna y completa. Siendo consideraciones que tienen mayor incidencia sobre la eficacia del incidente de desacato y el cumplimiento de la sentencia. Desde el inicio del incidente, tanto el obligado como su superior se amparan en un argumento central: la dificultad para cumplir la orden por causas ajenas a su voluntad, las cuales son de orden administrativo, propias de

la estructura organizativa y operativa de las entidades pertenecientes al sistema de seguridad social de salud, por lo que, se piensa, le trasladan la culpa al sistema.

En la práctica, se torna en costumbre por parte de las EPS la prestación de los servicios por medio de las acciones de tutela, incurriendo en cumplimientos insuficientes, incompletos, tardíos, dando lugar a su vez a que se presente incidentes de desacato, donde se limitan a esperar lo que se resuelva, para finalmente cumplir con el fallo de tutela.

Esta situación tiene múltiples consecuencias. Se pone en tela de juicio la eficacia de las órdenes impartidas por el juez de tutela. Se desnaturaliza, de alguna manera, el carácter eminentemente coercitivo del incidente de desacato, en tanto su nivel de persuasión decrece, pues en la práctica lo que parece provocar es el incumplimiento del fallo, o por lo menos, la prolongación de su cumplimiento, su cumplimiento formal, aparente, inoportuno o incompleto. Lo anterior pone en entredicho la eficacia de las herramientas de que se vale el ordenamiento jurídico para la real protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos que son reclamados en sede de tutela.

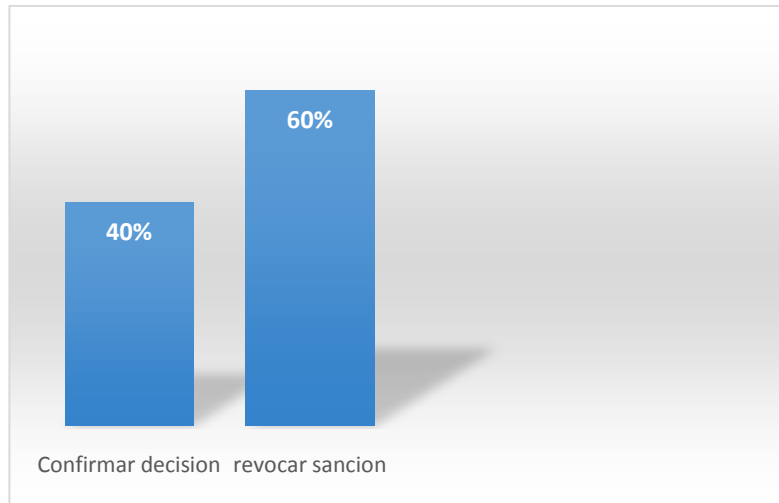
Los funcionarios judiciales informaron tratar de seguir los parámetros legales y las orientaciones jurisprudenciales establecidas para esta materia. Por una parte, son conscientes de que las EPS niegan de oficio hasta lo más básico y tratan siempre de contener los gastos, razón por la cual se considera justificada, en la mayoría de las veces, la acción de tutela, de allí que los motivos aducidos por los obligados carezcan de veracidad si se tiene en cuenta: el sistema de salud establece un plan de beneficios a los que por ley se tienen derecho, siempre que el usuario se encuentre al día con sus aportes debe garantizársele el acceso a los mismos, además el sistema cuenta con la provisión de fondos para prestarlos, es decir, son servicios a los que se tiene derecho y están cubiertos por el sistema.

De otro lado, desde la iniciación del incidente hasta su finalización se le debe garantizar al obligado el derecho de defensa y el debido proceso. A fin de cumplir con esto se le comunica la iniciación del trámite, se le invita para que aporte las pruebas que demuestren el cumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento del fallo. A pesar de que casi en su totalidad no pueden probar una justa causa para el incumplimiento o la prolongación, tampoco se puede desconocer que recae sobre el funcionario judicial el deber de demostrar la responsabilidad subjetiva del obligado, lo que provoca la mayor utilización de ambas medidas sancionatorias, teniendo como base:

- El sancionado cumplirá con la orden para evitar la sanción, convalidándose la tesis de la Corte sobre la finalidad de este mecanismo;
- Se sigue en su literalidad lo que dispone el Art 52 del Decreto 2591 de 1991, en donde las sanciones son concurrentes (deben aplicarse las dos, multa y arresto);
- Como el incidente termina con sanción se remite al superior, quien generalmente lo revoca.

Gráfica 7

DECISIONES EN SEDE DE CONSULTA



La gráfica sobre las decisiones en grado de consulta reportan la tendencia por parte del superior de revocar la decisión, los datos arrojan que en el 60% de los casos se tomó dicha medida; por el contrario, en el 40% de los casos la decisión de instancia se mantuvo. Es de anotar la existencia del 100% (70), en donde si bien se confirma la parte objetiva de la providencia (el incumplimiento del fallo de tutela) se revoca el componente subjetivo, es decir, la responsabilidad del funcionario o funcionarios a cargo del incumplimiento de la obligación, lo que en los expedientes consultados anotan como “50-50”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional precisa el alcance de la facultad sancionatoria en sede de desacato. Entre otras cosas se precisan los casos en que no puede imponerse, siendo uno de estos, *cuando el obligado de buena fe quiere cumplir, pero no se le ha dado la oportunidad de hacerlo*⁹. Evento en el que, al parecer, pudieran encontrarse inmersos muchos de los accionados por cuenta de factores ajenos a su voluntad; como el caso de la solicitud de remisión a institución

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-171 de 2.009. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto

de salud de mayor complejidad que se encuentra en trámite hasta tanto haya disponibilidad en centros de salud de otra ciudad.

Debe también el juez tener en cuenta al momento de su valoración de la responsabilidad subjetiva que “no todo incumplimiento conlleva a un desacato”, en tanto así sea evidente la falta de cumplimiento de la sentencia de tutela, ello no se deba a la negligencia del obligado, por lo que no hay lugar a la imposición de sanciones, por el contrario se deben adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento, lo cual puede explicar el mencionado “50-50”, pues finalmente los accionados se allanaron a su cumplimiento. Esto es coherente con la perspectiva constitucional sobre la finalidad del incidente de desacato, la cual, *no es la imposición de la sanción en sí misma, si no la sanción como una de las formas de búsqueda de cumplimiento de la sentencia*¹⁰.

La imposición de sanción por parte del juez de conocimiento y su posterior revocatoria, tiene sustento jurisprudencial en el sentido de acatar las garantías que se le otorgan al accionado, tanto para la demostración de la responsabilidad subjetiva (negligencia, omisión injustificada) como para el reconocimiento de la situación de debilidad en que se encuentra por efecto de las sanciones a que puede hacerse acreedor. Al preguntárseles sobre la estrategia a seguir para lograr la efectividad del incidente de desacato, consideraban aquella en donde sea posible aplicar la sanción así el accionado cumpla la orden¹¹. Esto sería así, pues si bien el desacato propicia el cumplimiento del fallo, no siempre garantiza que ello ocurra, siendo conveniente que los obligados sepan el rigor del trámite incidental y tengan como probable los efectos de la sanción (multa y arresto).

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-421 de 2.003. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹ Sobre esta estrategia la Corte Constitucional se inhibió de pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad de una interpretación del Art 52, según la cual era posible sancionar el desacato incluso después de que haya cumplido la orden del juez. Sentencia C -1006 de 2008.

Por otra parte, al indagar por los motivos en que sustentan los Superiores Jerárquicos la revocatoria de la sanción impuesta por el Juez de conocimiento del incidente de desacato, se encontraron los siguientes, según puede apreciarse en el cuadro:

Despacho Motivo revocatoria	Juzgado Primero Civil Municipal	Juzgado Segundo Civil Municipal	Juzgado Segundo de Familia	Juzgado Primero Civil Circuito	Juzgado Cuarto Penal Municipal
Dar por cumplido el fallo de tutela	32.3%	26.4%	8.8%	11.7%	20.6%
Dar por cumplido por hecho superado	7.7%	38.4%	30.7%	15.4%	7.7%
Desestimación del incidente de desacato	10%	30%	10%	20%	30%

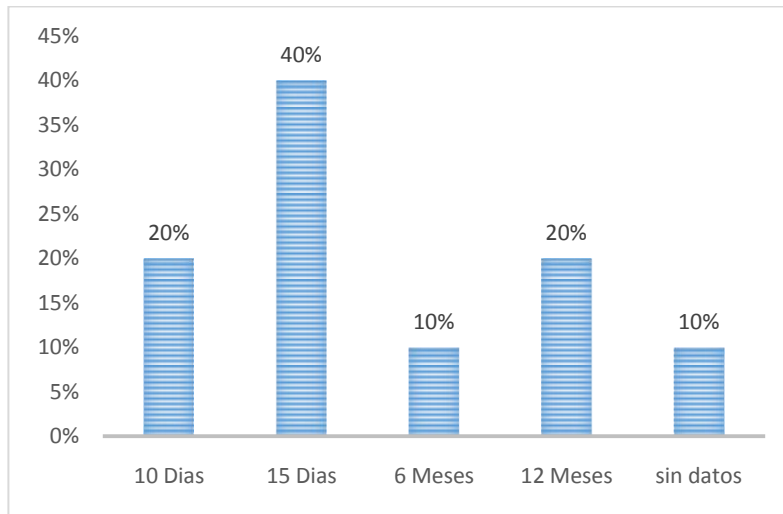
En esta instancia de consulta, pudo el juez comprobar diferentes situaciones, todas ellas originan la inconveniencia de la sanción impuesta, si se considera que puede darse por cumplido el fallo de tutela, situación que ocurre en el 48.57% de los casos, por lo que se procede a su revocatoria, entre las situaciones se encuentran: la orden emitida por el Juez de tutela ha sido cumplida tardíamente; el sancionado

ha podido demostrar toda una serie de actuaciones tendientes al cumplimiento de lo ordenado; se ha diferido en el tiempo el cumplimiento de la orden tutelar, al comprometer ésta varias autorizaciones que deben ser sometidas a trámite administrativo interno en cada entidad prestadora del servicio, pero al momento de surtirse el trámite de consulta se puede verificar que el accionado ha dado cumplimiento a lo ordenado.

Otro motivo de revocatoria de la sanción, de menor prevalencia es el de considerar cumplido el fallo por hecho superado, lo que ocurre en el 37.14% de los casos consultados, no quedándole otra alternativa al Juez que la revocatoria de la sanción, en tanto el fundamento de la sanción impuesta ha desaparecido, al verificarse el cumplimiento de la orden de tutela. Sobre este particular, el Consejo de Estado manifiesta que no hay lugar a imponer sanción por desacato cuando se encuentra demostrado que el hecho que dio lugar al inicio del incidente de desacato se encuentra actualmente superado, razón por la cual *al verificarse la ausencia del elemento objetivo, no es necesario el análisis del elemento subjetivo.*

Gráfica 8

TIEMPO TRANSCURRIDO ENTRE SENTENCIA DE TUTELA Y SOLICITUD DE DESACATO



Las dos últimas gráficas (Nº 8 y Nº 9) corresponden al denominado criterio temporal, es decir, se estudian los resultados en cuanto a los términos de tiempo en que se resuelven las decisiones adoptadas. Este criterio es de especial relevancia para los intereses de los tutelantes al implicar el espacio de tiempo que transcurre desde el momento en que presenta la acción de tutela hasta áquel en que efectivamente se le presta el servicio requerido o el que transcurre entre el inicio del incidente de desacato y el cumplimiento del fallo original.

La regla para el fallo tutelar, habla de su cumplimiento inmediato y oportuno. La inmediatez se refiere a lo inmediato, y en lengua castellana se alude a algo que sucede enseguida o sin tardanza. Al tratarse de situaciones en donde puede estar en peligro la vida de la persona, ese término implica que está de por medio algo que no admite demora alguna, *pues se trata de proteger de manera efectiva los derechos fundamentales de una persona* (el derecho a la salud alcanza el carácter

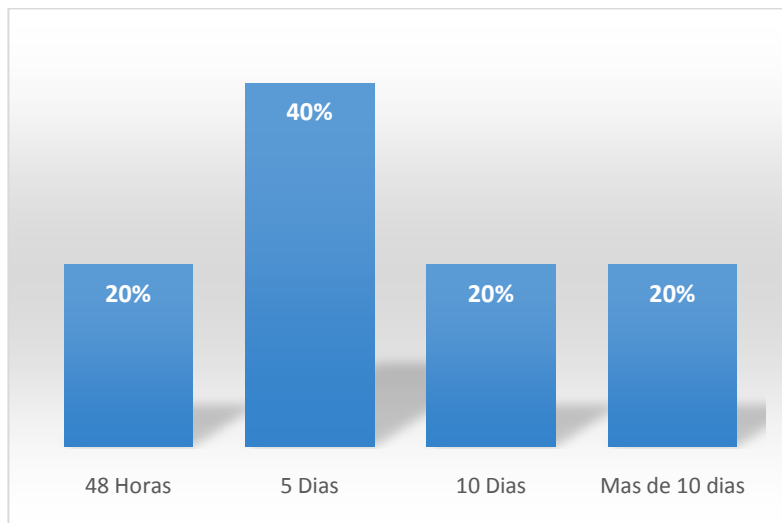
de fundamental por su conexidad con la vida, de donde su aplicación debe ser directa, es decir, inmediata)

En los expedientes consultados aparece como termino de cumplimiento del fallo las 48 horas de ley (contempladas en el Decreto 2591), en un 100% de los casos. Pero de la información reportada por los usuarios se entiende el incumplimiento de dicho término, al presentarse demoras que pueden variar entre 2 días y 15 días, según se trate del servicio solicitado. De entrada el sistema presenta inconvenientes al perderse la perentoriedad en el cumplimiento del fallo, precisamente por los mencionados factores administrativos que aducen los funcionarios pertenecientes a las EPS.

Mientras tanto, el beneficiario del fallo debe someterse a prolongados lapsos de tiempo para el cumplimiento del mismo, que pueden variar entre los diez días y los doce meses, situación contraria a lo que se dispone normativa y jurisprudencialmente. Se deben esperar hasta quince días, en un 40% de los casos; seis meses, en un 10% de los casos; hasta un año, en un 20% de los casos.

Gráfica 9

TIEMPO TRANSCURRIDO ENTRE SOLICITUD DE DESACATO Y APERTURA DEL MISMO



Al ser el incidente de desacato especial deja un margen de discrecionalidad al juez para su trámite, tanto para su inicio como para su fallo. En cuanto a la celeridad del trámite de apertura, el 20% de los funcionarios tiene como base el mismo periodo de tiempo en que debe ser cumplido el fallo de tutela (48 horas); el 40 % de los jueces se tarda 5 días; el 20% de los jueces lo hace en 10 días; el 20% de los jueces tardaron más de 10 días.

En cuanto al termino máximo que se tiene para resolver el tramite incidental de desacato a un fallo de tutela, mediante demanda de Inconstitucionalidad en contra del Art 5 del Decreto 2591 de 1991, se hacía ver la carencia de un término para resolver el incidente desacato, lo cual permitiría la dilación de manera indefinida e injustificada de la decisión final.

A lo cual la Corte Constitucional resuelve declarar la exequibilidad de este mandato, en el entendido de que el incidente de desacato debe de resolverse en el

término establecido en el Art 86 de la Constitución Política, es decir, de diez días. Entre otras consideraciones la Corte tiene que *‘no es irrazonable asumir que, si el cumplimiento del fallo de tutela debe ser inmediato, sea que esto ocurra en razón de la solicitud de cumplimiento o sea que ocurra como consecuencia del trámite incidental de desacato, para este fin tampoco sea posible superar los diez días, contados desde su apertura’*¹²

Por su parte en cuanto al tiempo que media dentro de la solicitud de inicio del trámite incidental de desacato y el cumplimiento del fallo tutelar, teniendo como fuente de información a las personas que acudieron a la jurisdicción, se puede verificar diferentes términos: desde los más inmediatos, cuyo cumplimiento no tarda más de 24 horas; otros en que pueden tardar 48 horas, hasta 45 días, siendo los de mayor prolongación en el tiempo. También se dan casos, tal vez excepcionales, en donde el tiempo que transcurre es de 18 meses, caso de una ciudadana que requería un procedimiento de bypass gástrico.

Al considerarse todo el trámite, desde la presentación de la acción de tutela hasta el cumplimiento del fallo por medio del incidente de desacato, puede transcurrir un periodo de tiempo de 14 meses, lo que indica que el carácter de urgencia que rodea a la tutela no se cumple en casi ninguna de sus etapas procesales. Y si finalmente se cumple la orden impartida por el juez de tutela, esto ocurre después de un largo periodo de tiempo en muchos de los casos consultados.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-482 de 2013. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

CONCLUSIONES

La eficiencia del trámite incidental de desacato para el cumplimiento de los fallos de tutela en el sector salud para el municipio de Tuluá arroja, en términos generales, un panorama prometedor si se tiene en cuenta que en el 39% de los casos, una vez tramitado dicho incidente, se alcanzó el cumplimiento de lo pretendido por el usuario del sistema de salud. Se presenta preocupación para aquellos casos en donde el cumplimiento de lo ordenado es parcial, lo que ocurre en el 48.57% de los casos, lo que tiene su explicación en la naturaleza misma del servicio, pues su prestación es de aquellas de *tracto sucesivo*, por lo que se requieren servicios continuos, posteriores al trámite de Tutela y al de Desacato, siendo conveniente que los efectos de ambos mecanismos perduren en el tiempo, de manera que cuando el usuario lo requiera pueda reactivarlos y así se garantice la protección de sus derechos.

Como debe recordarse, la eficacia del mecanismo radica tanto en el cumplimiento del fallo como en la forma de su cumplimiento, cobrando validez lo referido anteriormente en relación con las obligaciones de *tracto sucesivo*. Así la eficacia incluye factores como la inmediatez en el cumplimiento de lo ordenado en tutela, al igual que lo oportuno y completo en la prestación del servicio. Puede verse entonces que al prevalecer el cumplimiento parcial de los fallos, se presenta una dilación o prolongación en el tiempo para el cumplimiento de lo ordenado, hasta el punto de que pueden mediar 14 meses entre el inicio de la acción de tutela y el cumplimiento del fallo por medio del trámite incidental.

Si se habla de eficiencia en el trámite de desacato frente a los poderes que tiene el juez de conocimiento, esto es, la facultad sancionatoria, deben tenerse en cuenta ciertas consideraciones, especialmente en cuanto a la mayor o menor utilización de la sanción como estrategia persuasiva ó coercitiva para alcanzar el cumplimiento

del fallo tutelar. En la sentido debe recordarse la diferencia entre el incumplimiento del fallo de tutela y el desacato, al ser ambos mecanismos que buscan asegurar el cumplimiento del fallo. El primer mecanismo, al ser oficioso debe comprometer a cada despacho judicial para hacerle seguimiento al fallo, caso en el cual verificado el incumplimiento solo le compete al juez tomar las medidas conducentes para asegurar su cumplimiento, sin que interese averiguar el grado de culpa o negligencia en que pudo haber incurrido el obligado.

Por el contrario, verificado el incumplimiento del fallo e indicando el tramite incidental de desacato, se abre la posibilidad de la sanción; aunque el accionado cuenta con la posibilidad de evitar la imposición de la multa o el arresto mediante el cumplimiento del fallo. Una vez tramitado el incidente e impuesta la sanción, puede el superior revocarla si verifica que el obligado ha desplegado las actuaciones pendientes al cumplimiento del fallo ó si el mismo finalmente ha sido cumplido en su totalidad, debiendo por tanto revocar la sanción. Así no importa tanto la sanción, lo relevante es el cumplimiento del fallo, por lo que *no es necesaria la sanción por desacato, en cuanto el objeto de éste es obtener de manera coercitiva la eficiencia de las órdenes dadas por el juez y la efectiva protección del derecho tutelado.*

A propósito de los mecanismos de que disponen los ciudadanos, es conveniente la mayor utilización del trámite incidental de cumplimiento, por lo que deben los funcionarios judiciales desplegar mayor diligencia en el seguimiento de los fallos tutelares, obviamente sin desconocer el cumulo de funciones a las que deben responder, por lo que cada persona interesada ó su abogado deben poner en conocimiento de los despachos el incumplimiento de las ordenes emitidas en sede de tutela para que el juez tome las medidas pertinentes.

Los funcionarios consultados consideran que el tramite incidental de desacato puede ser efectivo en la medida que la acción de tutela sea bien empleada en estos casos, si se piensa que el ciudadano acude a ella no como mecanismo

excepcional sino como una forma de acceder a servicios que por ley tiene derecho, desnaturalizando el sentido del mecanismo tutelar, por lo que debe pensarse en reformas estructurales al sistema de seguridad social.

BIBLIOGRAFÍA

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 25 de Marzo de 2.004. Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 28 de Febrero de 2.008. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-329 de 1994. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-092 de 1997. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1686 de 2000. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-096 de 2008. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de 2008. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de 2008. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-606 de 2011. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-010 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-482 de 2013. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-367 de 2014. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

JUSTICIA GLOBAL Y DERECHOS HUMANOS. WOMEN'S LINK WORLDLWIDE. UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. Sanción por Desacato dentro del Marco de Protección de los Derechos Sexuales y Reproductivos en la Sentencia T-209/08. Facultad de Derecho. Marzo 2009. [En línea].

NUÑEZ BENAVIDEZ, Lucy Miriana. Contexto Actual del Cumplimiento las Sanciones en los Trámites de Incidente de Desacato. En: Revista Entornos. Universidad SurColombiana. No. 22. Septiembre, 2009. Pp.123-130. [En línea].

LONDOÑO TORO, Beatriz y otros. Eficacia del Incidente de Desacato. Estudio de Caso, Bogotá, Colombia (2007). En: Revista Vniversitas. No. 118. Enero-Junio, 2009. Pp. 161-187. [En línea].

LOPEZ DAZA, Germán Alonso y otros. El Incidente de Desacato en las Sentencias de Tutela de los Jueces de Bogotá, Medellín, Cali y Neiva. 2007-2008. En: Revista Jurídicas. Universidad de Caldas. No. 7. Enero-Junio, 2010. [En línea].

PROYECTO DE LEY 074 DE 2014. Senado. “Por medio de la cual se modifica el artículo 52 del decreto 2591 de 1991, estableciendo término legal para resolver incidente de desacato”. Luis Fernando Duque García. Senador. Disponible en: http://www.cej.org.co//doc_sl/SL_PL_SEN_074_2014.pdf