

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

STP9933-2018

Radicación n.º 99757

Acta n.º 254

Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

V I S T O S

Por virtud del grado jurisdiccional de consulta conoce la Sala la providencia proferida, el 12 de julio del año en curso, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante la cual impuso sanción, consistente en 3 días de arresto y multa de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, al Director de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General GERMÁN LÓPEZ GUERRERO, por haber incurrido en desacato de la orden impartida en el fallo de tutela fecha 4 de agosto de 2017.

I. ANTECEDENTES

Según lo refieren las diligencias, DANIEL ESTEBAN MENDOZA FONSECA instauró demanda de tutela en procura de amparo para los derechos fundamentales a la salud, a la vida y al debido proceso, que estimó conculcados por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional en razón a que, el 26 de octubre de 2016, cuando prestaba el servicio militar “sufrió un accidente”, pues un compañero que estaba haciendo manteniendo al arma “accidentalmente accionó el disparador” ocasionándole múltiples lesiones, pese a lo cual

no ha podido definir su situación en materia de salud, pues no se ha realizado la junta medico laboral, debido a que se encuentra inactivo en el subsistema de salud del Ejército.

De la acción conoció en primera instancia la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, por lo que una vez agotó el trámite correspondiente profirió fallo, el 4 de agosto de 2017, y concedió el amparo del derecho al debido proceso administrativo. En consecuencia, ordenó a la “Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y/o quien haga sus veces que, dentro del término de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de este fallo, de no haberlo hecho ya, proceda a adelantar las gestiones administrativas a que hay lugar a fin de programar junta médica laboral, con lo que dicho trámite conlleva - incluyendo, de ser el caso, la activación de los servicios de salud a que haya lugar-, sin que supere los quince (15) días para su realización, en consonancia con el artículo 8º del Decreto 1796 de 2000” (folios 35ss. c. o. 1).

De esta manera, tras considerar que la orden contenida en el reseñado fallo de tutela no fue cumplida, el actor promovió incidente de desacato mediante escrito radicado el 9 de noviembre de 2017 (folios 1ss. c. o. 2).

En consecuencia, en auto de 14 de noviembre de 2017 la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga corrió traslado del escrito de desacato a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional. Además, en auto de 15 de enero de 2018 lo requirió por segunda vez para finalmente en proveído de 30 de enero del año últimamente enunciado dar apertura formal al incidente de desacato (folio 5ss., 7 y 37 c. o. 2).

El Director de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General GERMÁN LÓPEZ GUERRERO, en escritos de 14 y 27 de diciembre de 2017, solicitó declarar cumplida la orden de tutela, dado que con comunicado 20173392229741 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DISAN-1-5 de 13 de diciembre de 2017 pidió al Director General de Sanidad Militar incluir en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares a DANIEL ESTEBAN MENDOZA FONSECA a fin

de que se le preste el servicio para efectos del diligenciamiento de ficha médica y práctica de conceptos médicos especializados para finalizar trámite a junta médico laboral, lo cual se dio a conocer del actor y su apoderado, a la vez que recordó que el trámite y gestión de citas corresponde al atrás nombrado (folios 8ss., 12 y 16ss. c.o.2).

Si bien el Tribunal emitió decisión sancionatoria el 12 de febrero de 2018, al arribar a esta Sala para ser sometida a consulta, se declaró la nulidad del trámite incidental con auto de fecha 1º de marzo hogaño, tras advertir que no se cumplió con la debida notificación de la parte incidentada.

Es así, que a través de proveído del 2 de abril de 2018, el Tribunal ordenó notificar en debida forma al Director de Sanidad del Ejército Nacional, para que ofreciera las explicaciones del caso y ejerciera el derecho de contradicción.

Teniendo en cuenta que transcurrió el término otorgado al incidentado, sin que allegara pronunciamiento alguno, el 15 de mayo se le requirió nuevamente, pero ante lo infructuoso de la comisión librada para realizar la notificación personal del Brigadier General GERMÁN LÓPEZ GUERRERO, en auto del 28 de mayo de 2018 se dispuso adelantar las gestiones necesarias para cumplir con tal enteramiento. Además, se requirió al Vicealmirante CÉSAR AUGUSTO GÓMEZ PINILLOS, Director General de Sanidad Militar, para que como superior jerárquico del Director de Sanidad del Ejército Nacional, haga cumplir las órdenes contenidas en el fallo de tutela.

Con escrito radicado No. 10776/MDN-CGFM-DGSM-GAL.1.5 del 6 de junio de 2018, el Director General de Sanidad Militar, CÉSAR AUGUSTO GÓMEZ PINILLOS solicita su desvinculación del presente trámite, teniendo en cuenta que no ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante y carece de legitimidad en la causa por pasiva.

En tal sentido, precisa que esa Dirección por

disposición del artículo 9º de la Ley 352 de 1997 y artículo 12 del Decreto Ley 1795 de 2000, es una dependencia del Comando General de las Fuerzas Militares y solo cumple funciones administrativas que no asistenciales, las cuales corresponde prestarlas a los Establecimientos de Sanidad Militar, además no es superior jerárquico del Director de Sanidad del Ejército Nacional.

Aclara que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional es la instancia competente para definir la situación médico laboral, determinar la viabilidad o no de brindar servicios médicos y realizar la junta médico-laboral, de acuerdo a los informes, ficha médica y demás documentos a que hubiere lugar, conforme a lo establecido en los artículos 4º, 8º y 18 del Decreto Ley 1796 de 2000.

El 21 de junio de 2018 se dio apertura formal al incidente de desacato contra los Directores de Sanidad del Ejército Nacional y General de Sanidad Militar, a quienes se les corrió traslado para el ejercicio de su derecho de defensa.

Ante tal requerimiento el Director de Sanidad del Ejército Nacional se pronuncia mediante escrito de fecha 20 de junio de 2018, radicado el 3 de julio siguiente ante el Tribunal, exponiendo para el efecto el procedimiento que debe surtir para el examen médico de retiro, según lo establecido en el Decreto 1796 de 2000.

Subraya que los pasos previos a la convocatoria a junta

médico laboral deben realizarse en el Establecimiento de Sanidad Militar más cercano, al cual el accionante debe acudir para que le sea diligenciada la ficha médica unificada y calificada a través de las Oficinas Divisionarias de Medicina Laboral o directamente por la Oficina de Gestión de Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad y seguidamente, se expidan los conceptos médicos especializados que deben ser practicados en el Establecimiento de Sanidad Militar respectivo.

Informa que en este caso la ficha médica unificada fue enviada a través de oficio radicado No. 2018339117987 (el cual anexa), por tal motivo se hace necesario que el peticionario inicie el proceso previsto para tal fin, encontrándose por tanto, prestos a llevar a feliz término la junta médico laboral.

Por las razones expuestas, considera necesario que se exhorte al accionante para que diligencia la ficha médica unificada y deprecia la declaratoria de improcedencia del desacato contra esa Dirección, toda vez que se encuentra dando cabal cumplimiento a la orden impartida por el juez de tutela.

El 5 de julio de 2018 el apoderado del accionante allega escrito en el que solicita se continúe con el trámite incidental, dado que las obligaciones a cargo de su representado para que se dé cabal cumplimiento al fallo de tutela, se encuentran satisfechas, por cuanto la ficha médica solicitada por la entidad accionada fue diligenciada y entregada desde el día 26 de julio de 2017, la misma fue calificada donde se emitió concepto por las especialidades de dermatología y ortopedia, de ahí que con posterioridad a la radicación de dichos conceptos se solicitó junta médica laboral aportando nuevamente todos los documentos para su realización, pero el ente tutelado manifestó que el informativo administrativo por lesiones no se ha cargado al sistema.

Considera entonces preocupante que ante el último requerimiento, la accionada insista en que su asistido debe acercarse al establecimiento de sanidad militar para diligenciar la ficha médica, toda vez que con ello se está frenando el trámite por cuenta de los errores internos de la entidad.

II. LA DECISIÓN CONSULTADA

El Tribunal Superior de Bucaramanga, con fundamento en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, señaló que en principio la obligación de observar lo dispuesto en el fallo de 4 de agosto de 2017, se predica del Director de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier

General GERMÁN LÓPEZ GUERRERO.

Destacó que a la citada dirección se le ordenó adelantar los trámites correspondientes a fin de realizar la junta médico laboral, procedimiento que según lo ilustrado por el incidentado, está conformado por las siguientes etapas: i) diligenciamiento de la ficha de retiro o licenciamiento, ii) calificación de la ficha, iii) consecución de los conceptos médicos definitivos, iv) junta médico laboral y, v) tribunal médico laboral, unas correspondientes al establecimiento de sanidad militar y otras, al interesado.

Resaltó que si bien ya se agotaron las tres primeras fases, el accionante continúa viéndose enfrentado a barreras de carácter administrativo, toda vez que ahora se le advierte sobre la inexistencia en el sistema de medicina laboral del informe administrativo por lesiones, el cual hace parte de los soportes relacionados en el artículo 16 del Decreto 1796 de 2000.

Dicho documento constituye el soporte documental de las lesiones sufridas por miembros de las Fuerzas Militares, por lo que su diligenciamiento corresponde al comandante o jefe del lesionado, el que en este caso fue aportado por el accionante dentro de la documentación allegada ante la Coordinación de Medicina Laboral, de modo que los trámites que se deriven de éste están a cargo del Ejército Nacional.

Así las cosas, el juez constitucional dio por demostrado el incumplimiento del fallo, al apreciarse una objetiva inobservancia de la orden constitucional, la cual radica en la falta de ejecución de la acción que cesaría la vulneración de la garantía fundamental al debido proceso administrativo del actor, esto es, la junta médico laboral.

En cuanto a la responsabilidad subjetiva advirió que la orden se dirigió al Brigadier General GERMÁN LÓPEZ GUERRERO en ejercicio de sus funciones como Director de Sanidad del Ejército Nacional, quien si bien en un primer momento adelantó lo correspondiente para tramitar y llevar a su culminación las diligencias en aras de programar junta médico laboral, lo cierto es que el Brigadier General no allegó prueba ante la nueva situación presentada

que impida dar continuidad a dicho trámite, pues aún en esta instancia, su pronunciamiento versó sobre los argumentos esbozados al inicio de la actuación, relacionados con la obtención de los soportes necesarios para la convocatoria de la junta, mismos que ya fueron allegados por el interesado.

Además, precisó que no son de recibo los argumentos defensivos invocados por el incidentado en el sentido de afirmar que para la programación de la junta médico laboral se requiere del agotamiento de un proceso que involucra al accionante, por cuanto en este caso DANIEL ESTEBAN MENDOZA FONSECA ya cumplió en su totalidad con las gestiones pertinentes y allegó la documentación correspondiente, a efectos de que la institución proceda a lo de su cargo.

Así, concluyó que al haber contado con un lapso más que prudencial para el cumplimiento de la orden de amparo que data de 4 de agosto de 2017, la parte incidentada optó, sin justificación alguna, por inobservar el mandato tutelar, pues no se ha logrado su objetivo cual es la consolidación de la junta médico laboral ya que ha sido obstaculizada por trámites administrativos.

De otra parte, moduló la orden de tutela, en el entendido que el Director General de Sanidad Militar deberá proceder de manera inmediata, a la afiliación o activación del accionante en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, a efectos de que acceda a la programación de la junta médico laboral.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, la competencia para conocer de la consulta de la sanción impuesta en el incidente de desacato, radica en cabeza de esta Sala de Casación Penal como superior jerárquico de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

En orden a resolver la consulta, oportuno resulta señalar que la jurisprudencia ha precisado que el incidente de desacato no tiene como finalidad la imposición de una sanción, pues lo que sustancialmente interesa es que la orden de proteger derechos fundamentales del demandante se cumpla, sin perjuicio de que en ocasiones el incumplimiento del fallo comporte sancionar al funcionario renuente.

Entendido el alcance de la decisión que asume el juez constitucional, como la manifestación clara y expresa frente a la protección inmediata de derechos fundamentales, deviene razonable señalar, que al producirse una decisión sancionatoria originada por el incumplimiento de tal orden y ser sometida al grado de jurisdicción llamado consulta, el objeto estará centrado a determinar si en verdad existió incumplimiento, en los términos y condiciones señalados en la sentencia correspondiente, lo que de suyo no se erige como un medio de impugnación, de ahí que en el incidente de desacato no queda otra alternativa que confrontar objetivamente la perentoria orden constitucional con los actos de cumplimiento y la disposición del accionado para proceder en tal sentido.

En efecto, en punto del cumplimiento de las órdenes impartidas en los fallos de tutela se diferencian dos situaciones así: la primera, el incumplimiento, que puede ser producto de diversos factores de índole logística, administrativa, presupuestal, fuerza mayor, etc; la segunda, el desacato, que evidencia una actitud consciente del funcionario a quien le fue dada la orden encaminada a proteger los derechos fundamentales del actor, en el sentido de sustraerse arbitraria y caprichosamente a proceder de conformidad con lo dispuesto, “como si se tratase de asumir una posición de rebeldía frente a la decisión de la autoridad judicial” (CSJ SP 12 de noviembre de 2003 Rad 15116).

Igualmente se ha puntualizado que “en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento

de la sentencia” (CSJ SP sentencia de tutela del 18 de diciembre de 2003).

Advertido lo anterior y para lo que interesa a la presente

decisión, se tiene que el Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante sentencia del 4 de agosto de 2017, tuteló el derecho fundamental al debido proceso administrativo del ciudadano DANIEL ESTEBAN MENDOZA FONSECA y en tal virtud, ordenó al Director de Sanidad del Ejército Nacional y/o quien haga sus veces, que dentro del plazo perentorio de 48 horas procediera a: “adelantar las gestiones administrativas a que hay lugar a fin de programar junta médica laboral, con lo que dicho trámite conlleva -incluyendo, de ser el caso, la activación de los servicios de salud a que haya lugar-, sin que supere los quince (15) días para su realización”. Pese a lo cual, la entidad accionada hizo caso omiso, hecho que motivó la iniciación del incidente de desacato por parte del accionante, tras afirmar que no se había cumplido con lo estipulado en el fallo de tutela.

De ahí, que al momento de definir el trámite incidental se precisó que el Director de Sanidad del Ejército Nacional vinculado al trámite incidental, a pesar de haber contado con un término más que considerable ha sido renuente a acatar la orden judicial, por lo que el restablecimiento de las garantías objeto de protección en sede del amparo constitucional, no se ha logrado.

Lo anterior, porque si bien no se discute que el procedimiento necesario para la realización de la junta médico laboral, implica no solo una carga para la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, sino que para ello también se requiere la intervención del interesado, lo cierto es que en este caso se encuentra acreditado que DANIEL ESTEBAN MENDOZA FONSECA ha cumplido con lo que le corresponde dentro de dicho trámite, esto es, aportando toda la documentación requerida o ficha médica unificada (documento de identidad, conceptos médicos, acta de evacuación, informativo administrativo por lesiones) a la respectiva solicitud en la que manifiesta que la ciudad más cercana a su domicilio para

adelantar la junta médica laboral es Bucaramanga, la cual aparece radicada el 8 de mayo de 2018 ante la Coordinadora de la Oficina Divisionaria, Medicina Laboral del Ejército Nacional, Bucaramanga (folio 111 c.o. 2).

En tal sentido, no resulta aceptable que el Director de Sanidad del Ejército Nacional insista en oponerse al trámite incidental bajo el entendido que se debe exhortar al accionante para que acuda a diligenciar la ficha médica unificada, cuando aparece claramente acreditado que ello ya se cumplió, quedando entonces a su cargo la continuidad en el procedimiento necesario para que se lleve a cabo la junta médico laboral ordenada por el juez de tutela.

Para la Sala, las razones expuestas por el Director de Sanidad del Ejército Nacional para seguir adelante con el trámite que precede la definición de la situación médico-laboral del accionante, no comporta solución alguna frente a la omisión que se atribuye frente a la orden clara y expresa contenida en el fallo de tutela que protegió los derechos de DANIEL ESTEBAN MENDOZA FONSECA, y en cambio aparece que por cuenta de ello se impone al accionante un obstáculo de orden administrativo injustificado, lo que necesariamente se traduce en que el Director de Sanidad del Ejército Nacional no está acatando el mandato contenido en la sentencia judicial.

Lo dicho en precedencia constituye razón suficiente para concluir que el Brigadier General GERMÁN LÓPEZ GUERRERO, en su condición de Director de Sanidad del Ejército Nacional, ha actuado en abierto desconocimiento de la orden impartida por el juez de tutela en fallo del 4 de agosto de 2017, en lo que a esa dependencia se refiere, lo que genera la sanción correspondiente con base en el contenido del Decreto 2591 de 1991, es decir, corresponde confirmar íntegramente la decisión consultada.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN DE TUTELAS,

R E S U E L V E

- 1.- CONFIRMAR la providencia objeto de consulta de conformidad con las razones consignadas en la anterior motivación.
- 2.- NOTIFICAR a las partes de acuerdo al artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.
- 3.- DEVOLVER el expediente al Tribunal Superior de Cúcuta.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria