

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

ATP043-2019

Radicación N°. 102396

Acta 14

Bogotá. D. C., veintidós (22) de enero de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

Se pronuncia la Sala, en grado jurisdiccional de consulta, sobre la sanción que mediante providencia del 31 de diciembre de 2018 le impuso la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali al Director de Sanidad y al Mayor General del Ejército Nacional, dentro del incidente de desacato promovido por Fernando Ávila Alfaro.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Mediante fallo del 19 de septiembre de 2017, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali tuteló los derechos fundamentales de Fernando Ávila Alfaro, y en consecuencia, resolvió:

«... ordenar al señor Brigadier General Germán López Guerrero, en su calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional, o a quien haga sus veces, que en el término de 15 días contados a partir de la notificación de esta decisión:

A. Remita las respectivas ordenes de concepto médico por las patologías que adquirió el accionante durante la prestación del servicio y las cuales fueron relacionadas en la ficha médica unificada del 16 de diciembre de 2015.

B. Dentro de los 20 días siguientes a (sic) concluido el término anterior, defina la situación de sanidad del aquí demandante elevando la respectiva acta de junta médico laboral.

C. Garantice la continuidad de la prestación del servicio médico hasta tanto se defina la situación de sanidad del aquí demandante, siempre y cuando tengan relación con los diagnósticos relacionados en la mencionada ficha médica¹».

El 23 de marzo de 2018, el señor Fernando Ávila Alfaro informó a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali que la parte demandada no había dado cumplimiento al citado fallo, por lo que solicitó la apertura del respectivo incidente de desacato.

2. El 17 de abril siguiente, la Corporación a quo dictó auto mediante el cual ordenó citar al Director de Sanidad del Ejército Nacional, a fin de que explicara las razones de su incumplimiento. Tal disposición fue comunicada a través de correo electrónico, no obstante el demandado no se presentó al Despacho².

Por consiguiente, la Sala Penal del Tribunal de Cali, a través de proveído de 7 de mayo de 2018, dispuso la apertura del trámite incidental en contra del Director de Sanidad, Brigadier General Germán López Guerrero y así mismo, requirió al Mayor General Ricardo Gómez Nieto, a fin de que en calidad de superior del accionado, lo obligara a cumplir la orden impartida en sede de tutela³.

Tal decisión fue comunicada al Mayor General Ricardo Gómez Nieto el 9 de mayo de 2018⁴, empero, se advierte informe de notificación en el que se indicó: «no es posible notificarlo personalmente ya que la persona no se encuentra siempre y reciben únicamente en la ventanilla con sello. Por motivos de seguridad no permiten el ingreso para notificar a nadie y sólo lo reciben en ventanilla con sello para que ellos redireccionen al funcionario⁵»

Por intermedio del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá, con Despacho Comisorio Nro. 110, el Director de Sanidad Germán López Guerrero, fue notificado personalmente el 10 de mayo de 2018⁶.

Así las cosas, a través de escrito de 14 de junio de 2018⁷, el incidentado informó que esa Dirección ha adelantado diferentes gestiones administrativas para dar cumplimiento a lo decretado, de la siguiente manera:

a. Respecto a la práctica de la Junta Médico Laboral manifestó que es una responsabilidad compartida entre la fuerza y el solicitante, en el entendido que existe un protocolo para llevarla a cabo.

Por lo tanto, mediante oficio Nro. 20183391126341 de 14 de junio de 2018, le informó al usuario que la solicitud de expedición de las órdenes de conceptos por dermatología, neurocirugía, fisioterapia y ortopedia no eran procedentes, en tanto que revisado el Sistema Integrado de Medicina Laboral, se observó que la ficha técnica unificada de Fernando Ávila Alfaro fue calificada por los galenos, quienes le ordenaron los conceptos médicos de audiometría tonal seriada por hipoacusia, psiquiatría para valorar patología mental, endoscopia de vías digestivas altas por gastritis crónica y urología por varicocele en estudio, las que fueron remitidas a través de oficio Nro. 20173391801881 y adicionalmente indicaron que las especialidades de neurocirugía y oftalmología fueron evaluadas en Junta Médico Laboral Nro. 38386.

En relación a los conceptos de dermatología y ortopedia, señaló que no se pueden expedir,

toda vez que al estudiar la ficha de 16 de diciembre de 2015 no se encontró fundamento para ordenar estos conceptos.

Por otra parte, respecto a la solicitud de conceptos por neurocirugía y fisiatría, los médicos indicaron que el accionante ya fue valorado por hernia discal L4-L5, por lo tanto no es posible examinar dos veces una misma lesión, aun mas cuándo ya ha sido evaluada y calificada en Junta Médico Laboral anterior.

Así mismo, expuso que de los conceptos médicos ordenados en la ficha de Fernando Ávila Alfaro (audiometría tonal seriada, endoscopia, urología y psiquiatría-Comité BASAN) y acorde a su expediente médico laboral solo reposa la valoración de audiometría tonal seriada, por lo que es responsabilidad del peticionario de practicarse los faltantes conceptos médicos y una vez realizados, informar a esa Dirección con el fin de programar la Junta Médico Laboral, en virtud de lo contemplado en el artículo 21 de la Ley 352 de 1997 y artículo 16 del Decreto 1796 de 2000.

b. Respecto a los servicios médicos, informó que mediante oficio Nro. 20173391798041 de 12 de octubre de 2017, solicitó a la Dirección General de Sanidad Militar la activación de los mismos en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares acorde con el fallo de tutela.

Por lo anterior, solicitó «cerrar el incidente de desacato», en tanto demostró que ha realizado las gestiones pertinentes para dar cumplimiento a las órdenes impartidas.

3. Una vez obtenida la respuesta de la entidad incidentada, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, mediante auto de 15 de agosto de 2018, citó al accionante Fernando Ávila Alfaro, a fin de que precisara las razones por las cuales afirma el incumplimiento del fallo de tutela de 19 de septiembre de 2017.

Por lo anterior, a través de declaración juramentada llevada a cabo el 23 de agosto de 2018, el señor Ávila Alfaro insistió en el incumplimiento por parte de la Dirección de

Sanidad del Ejército Nacional, en tanto que «se niegan a darme las órdenes para el concepto de ortopedia de la columna y la de dermatología. Además porque de las órdenes que me dieron para que se emitan los conceptos, solamente me han practicado la que corresponde a audiometría y no me han practicado la de endoscopia, la de urología y la de psiquiatría».

Atendiendo a las manifestaciones hechas por el actor, un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, mediante oficio Nro. 053 de 23 de agosto de 2018¹⁰, le reiteró al incidentado su obligación en el cumplimiento del fallo de tutela.

DECISIÓN CONSULTADA

Agotado el respectivo procedimiento, el A quo a través de proveído de 31 de octubre de 2018, resolvió sancionar al Director de Sanidad del Ejército Brigadier Coronel Germán López Guerrero y al Mayor General Ricardo Gómez Nieto, a 10 días de arresto y multa de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por desacato al fallo de tutela proferido por esa Sala el 19 de septiembre de 2017.

Fundó la referida sanción, en que si bien le asistía al Brigadier General Germán López Guerrero en señalar que no se podían expedir órdenes por los conceptos médicos de ortopedia y dermatología por cuanto los mismos no fueron ordenados ni relacionados en la ficha técnica unificada de 31 de marzo de 2016, complementaria de la suscrita el 16 de diciembre de 2015, en tanto que los únicos conceptos fueron los de audiometría tonal seriada, urología, endoscopia y psiquiatría, no es menos cierto que a la fecha el único practicado al demandante es la audiometría tonal seriada y los demás no han podido realizarse por fallas administrativas de la entidad.

Por lo tanto, la responsabilidad subjetiva del Brigadier General López Guerrero se pone de manifiesto, teniendo en cuenta que no se dispuso lo necesario para la práctica de los conceptos médicos de urología, endoscopia y psiquiatría, como condición necesaria para la

práctica de la Junta Médico Laboral que requiere el accionante.

PRONUNCIAMIENTO DE LA PARTE ACCIONADA

Con posterioridad a la emisión del fallo, se aportó memorial por parte de la accionada- Mayor General Ricardo Gómez Nieto- señalando que no le era dable sancionarlo por desacato como quiera que existe ausencia de responsabilidad subjetiva, pues la sanción se fundó en no dar cumplimiento al requerimiento que se hiciera como superior del accionado, sin embargo no tiene competencia para ello, en virtud de lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, toda vez que de acuerdo a lo consagrado en la Disposición Nro. 0004 de 26 de febrero de 2018, es el Comandante de Personal del Ejército Nacional el funcionario que funge como superior jerárquico del Director de Sanidad de esa institución.

Sin perjuicio de lo manifestado, solicitó la inaplicación de la sanción, atendiendo a que el señor Ávila Alfaro se encuentra activo dentro del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y para la emisión de los conceptos médicos faltantes, el accionante debe intervenir personalmente dentro del proceso y la institución si bien ha dado un cumplimiento tardío, ello permite suprimir la sanción por desacato.

Por otra parte, se allegó memorial al Despacho del Director de Sanidad del Ejército Nacional, mediante el cual solicita inaplicar la sanción impuesta al Brigadier General Germán López Guerrero y suspender así las acciones correspondientes a materializar la sanción, teniendo en cuenta que una vez verificado el expediente médico laboral del accionante, se observó que le fueron calificadas las fichas médicas, tanto así que le fue asignada la cita para la realización de la endoscopia en la Clínica Remedios de Cali, además de haberse realizado las actuaciones necesarias en aras de cumplir con lo ordenado por el Juez Constitucional.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con las disposiciones del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para pronunciarse sobre el grado jurisdiccional de consulta de la decisión proferida el 31 de octubre de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali.

2. Efectuada la anterior precisión, resulta necesario recordar que la figura jurídica de la consulta a que hace referencia el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, está instituida como un medio de protección de los derechos de la persona a la que se sanciona, para lo cual se debe verificar si efectivamente ésta cumplió o no lo dispuesto por el Juez de tutela al amparar los derechos fundamentales, con el fin de evitar igualmente que tales decisiones queden en el terreno meramente teórico.

3. La jurisprudencia nacional tiene decantado que la sanción por desacato exige un examen de la conducta del presunto responsable, de modo que puede exonerarse de ella, cuando a pesar del incumplimiento, existe una fuerza mayor o razones que la justifiquen plenamente, acreditadas en el expediente, y que conduzcan al Juez de tutela a la convicción de que no se está en presencia de un proceder caprichoso o arbitrario, dado que para efectos punitivos y por mandato constitucional y legal se encuentra proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

4. De igual manera, la jurisprudencia constitucional, ha considerado que el incidente de desacato es un mecanismo sancionatorio que procura obtener de forma persuasiva, el cumplimiento de la orden de tutela, pero no constituye un fin en sí mismo, al señalar que:

«Del texto subrayado –se refiere a la frase contenida en el inciso 2º del artículo 27 del decreto 2591 de 1991 que dice: El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia– se puede deducir que 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. Al ser así, el accionante que inicia el

incidente de desacato se ve afectado con los resultados del incidente puesto que éste es un medio para que se cumpla el fallo que lo favoreció.

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

En caso de que se haya adelantado todo el trámite y resuelto sancionar por desacato, para que la sanción no se haga efectiva, el reuente a cumplir podrá evitar ser sancionado acatando. Al contrario, si el accionado no acepta la existencia de desacato y el juez, por incorrecta apreciación fáctica, determina que éste no existió, se desdibujará uno de los medios de persuasión con el que contaba el accionado para que se respetara su derecho fundamental. Al tener un carácter persuasivo, el incidente de desacato sí puede influir en la efectiva protección de los derechos fundamentales del accionante y en esa medida existiría legitimación para pedir la garantía del debido proceso a través de tutela».

(C.C.S.T-421/2003).

5. En el presente caso, la Sala debe determinar si el funcionario incidentado, aportó los medios de convicción suficientes para acreditar el cumplimiento de la orden constitucional impartida en el fallo de tutela de 19 de septiembre de 2017 y evitar así la materialización de la sanción impuesta por el Tribunal de primera instancia o, si por el contrario deben ratificarse las medidas correccionales de arresto y multa impuestas en la decisión del 31 de octubre de 2018.

6. Definido en esos términos el problema jurídico por resolver y una vez analizadas las particularidades del sub lite y confrontadas con los elementos de convicción allegados al presente trámite incidental, desde ahora la Sala anuncia que revocará la decisión consultada, por las razones que pasan a exponerse:

6.1. Como punto de partida, debe recordarse que el fallo de tutela, cuyo incumplimiento pregonaba el accionante Fernando Ávila Alfaro, fue proferido el 19 de septiembre de 2017, en cuya parte resolutoria fue claro el Tribunal de primera instancia al disponer:

«PRIMERO.-Tutelar los derechos fundamentales a la salud, vida, dignidad humana y seguridad social invocados por el señor Fernando Ávila Alfaro. En consecuencia, ordenar al señor Brigadier General German López Guerrero, en su calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional, o quien haga sus veces, que en el término de 15 días contados a partir de esta decisión:

D. Remita las respectivas ordenes de concepto medico por las patologías que adquirió el accionante durante la prestación del servicio y las cuales fueron relacionadas en la ficha medica unificada del 16 de diciembre de 2015.

E. Dentro de los 20 días siguientes a (sic) concluido el término anterior, defina la situación de sanidad del aquí demandante elevando la respectiva acta de junta médico laboral.

F. Garantice la continuidad de la prestación del servicio médico hasta tanto se defina la situación de sanidad del aquí demandante, siempre y cuando tengan relación con los diagnósticos relacionados en la mencionada ficha médica¹¹».

6.2. Ahora, en el trámite incidental a través de escrito de 14 de junio de 2018, el Director de Sanidad del Ejército Nacional, Brigadier General Germán López Guerrero, relacionó las

diligencias administrativas de cara a cumplir con lo ordenado en el fallo de tutela, resaltando que para la práctica de la Junta Médico Laboral era necesario que el accionante tramitara la ficha médica con cada uno de los especialistas y una vez gestionada, allegarla a esa Dirección y solicitar la emisión de los conceptos médicos que deberá realizarse, los que deberán ser remitidos a la sección Médica Laboral para anexarlos al expediente Médico y así de esta manera, efectuar la programación a fin de llevar a cabo la Junta Médico Laboral.

Así las cosas, fue claro en indicar que el accionante Fernando Ávila Alfaro, se encontraba activo en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y que los conceptos médicos faltantes en su caso, hacían relación con las especialidades de Endoscopia, Urología y Psiquiatría, por lo que es responsabilidad del actor practicarse los conceptos e informar a la Dirección de Sanidad, a efectos de agilizar la programación de la Junta Médico Laboral.

No obstante, para la fecha de la emisión de la sanción, se advirtió que tales conceptos no habían podido realizarse por negligencia de la accionada.

6.3. Frente al cumplimiento del fallo de tutela, se allegó por parte de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, un memorial señalando que las citas para la realización de los conceptos médicos faltantes habían sido emitidos. Por lo anterior, la Profesional Especializada Grado 33 de este Despacho se comunicó con el accionante Fernando Ávila Alfaro vía telefónica, quien manifestó que se había realizado los conceptos médicos de urología, endoscopia y psiquiatría y que se había cumplido por parte del Ejército Nacional en lo relacionado, faltando de su parte allegarlos a la Dirección de esa institución para la programación de la Junta Médica Laboral¹².

En su lugar, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, remitió al Despacho un memorial el 17 de enero de 2018, a través del cual solicitó la revocatoria de la sanción impuesta, dado que una vez revisado el expediente médico laboral de Fernando Ávila Alfaro, se advierte que cuanta con la ficha técnica diligenciada por los médicos laborales,

ordenándosele conceptos de psiquiatría, endoscopia, urología, audiometría tonal seriada, ortopedia y dermatología, de los que se adjunta los respectivos documentos que lo acreditan.

Por otra parte, indicó que a través de comunicación telefónica con el actor, se tuvo conocimiento de que la endoscopia fue realizada en la red externa, sin embargo no la ha presentado en la Divisionaria de Medicina Laboral ni al Dispensario de Cali, por lo tanto, los exámenes realizados deberán ser llevados por el demandante con el objetivo de «realizar la Junta Médico Laboral al señor FERNANDO AVILA ALFARO, por reunir los documentos soportes requeridos, acorde con el artículo 16 del Decreto 1796 de 200013»

6.4. Las anteriores circunstancias analizadas de cara a los precedentes judiciales anteriormente referenciados, sirven a la Sala para señalar que en el presente caso, no hay lugar a imponer sanción, toda vez que se obtuvo el cumplimiento de la orden judicial. Aunque, el ente demandado inicialmente se sustrajo de forma injustificada de cumplir la sentencia de tutela, luego de proferida la decisión objeto de consulta, reparó la omisión, y en tal sentido, es innecesaria la ejecución de la misma (CSJ STP 01 Mar 2007, Rad. 30127), por tanto, la decisión del Tribunal será revocada.

6.5. Con todo, se conmina a las autoridades de Sanidad Militar aquí involucradas que, en lo sucesivo, atiendan de manera eficaz y celeridad los requerimientos médico-asistenciales que requiere el ciudadano Fernando Ávila Alfaro y una vez, allegue los conceptos médicos emitidos en las especialidades de urología, endoscopia y psiquiatría, deberá programarle la Junta Médico Laboral, ello para que no se entienda, que el prenombrado tiene que recurrir a este trámite incidental, ante la probable negligencia en la materialización satisfactoria de las prerrogativas superiores que le fueron amparadas en el fallo de tutela del 19 de septiembre de 2017.

Por esa razón, no es posible sancionar por desacato al Director de Sanidad del Ejército

Nacional, pues no se evidencia en el aludido servidor una intención manifiesta de incumplir el fallo de tutela. En consecuencia, la determinación sometida al grado jurisdiccional de consulta será revocada, pues no existe algún motivo que en la actualidad justifique la imposición de una sanción.

6.6. Por último, frente a la manifestación hecha por el Mayor General Ricardo Gómez Nieto, debe precisarse que tal como se advirtió, según la normatividad de las Fuerzas Militares- Ley 352 de 1997 y el Decreto 1795 de 2000- la obligación en la prestación de los servicios médicos que requieran los usuarios, es de competencia y responsabilidad de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y si bien el Mayor General Gómez Nieto es superior jerárquico del Director de Sanidad, este no fue vinculado a la acción de tutela, no le fue ordenado el cumplimiento del fallo como tampoco fue notificado del mismo, sino simplemente se le requirió para que en su calidad de superior obligara a su subordinado a cumplir una orden, no obstante, por este hecho no puede ser sancionado en el incidente de desacato.

Por lo tanto, esta Sala revocará la sanción impuesta al Mayor General Ricardo Gómez Nieto, en su calidad de Comandante del Ejército Nacional, impuesta mediante decisión de 31 de octubre de 2018 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA NO. 3,

RESUELVE

Primero. Revocar la decisión objeto del grado jurisdiccional de consulta y Declarar que tanto el Brigadier General Germán López Guerrero, Director de Sanidad del Ejército como el Mayor General Ricardo Gómez Nieto, Comandante del Ejército Nacional, no incurrieron en desacato al fallo de tutela que amparó los derechos fundamentales de Fernando Ávila Alfaro, conforme a lo expuesto en las consideraciones de este proveído.

Segundo. Abstenerse de imponer sanción por desacato al incidentado, de conformidad con la parte considerativa de esta decisión.

Tercero. Notificar este auto de conformidad con el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto. Reintégrese el diligenciamiento a la Corporación de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. Folios 15-19, cuaderno del Tribunal.

2 Cfr. Folio 23, cuaderno Tribunal.

3 Cfr. Folio 24, ibíd.

4 Cfr. Folio 29, ibíd.

5 Cfr. Folio 30, ibíd.

6 Cfr. Folio 39, ibíd.

7 Cfr. Folios 41-44, ibíd.

- 8 Cfr. folio 70. Cuaderno del Tribunal.
- 9 Cfr. Folios 75 y 76. Cuaderno del Tribunal.
- 10 Cfr. Folio 77, ibíd.
- 11 Cfr. Folios 15-19, cuaderno del Tribunal.
- 12 Constancia a folio 3, cuaderno CSJ.
- 13 Folio 4, memorial remitido por DISAN.