

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP2388-2019

Radicación N° 102856

Acta 51

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciocho (2019).

ASUNTO

Se pronuncia la Sala acerca de la impugnación interpuesta por los accionantes Jorge Nempeque Domínguez y Francisco José Sales Puccini, a través de apoderado contra el fallo de tutela proferido el 13 de diciembre de 2018, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que denegó por improcedente el amparo a los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, al debido proceso, al libre ejercicio de la profesión u oficio, entre otros, presuntamente vulnerados por el Juzgado Sesenta y Seis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá y el Juzgado Veintidós Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, trámite al cual fue vinculado el Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, la Fiscalía General de la Nación, Ministerio Público y Representante de Víctimas asignado al proceso N° 11001600009620170027000 seguido contra los peticionarios.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Jorge Nempeque Domínguez, médico cirujano de la Universidad Nacional de Colombia y

especializado en Cirugía General de la misma institución educativa y Francisco José Sales Puccini, médico cirujano de la Universidad Libre y especializado en ginecología y obstetricia de la Universidad del Bosque, señalan haber adquirido certificación en cirugía plástica y estética en la Universidad Veiga de Almeida, ubicada en la República de Brasil, estudios que una vez culminados fueron debidamente acreditados por el Estado colombiano por el Ministerio de Educación, como autoridad competente en dicha materia y obteniendo las respectivas resoluciones que los acreditaban como especialistas.

Manifiestan que, con ocasión de una denuncia anónima, el 13 de octubre de 2017, la Fiscalía 6ª Especializada de la Unidad Contra el Lavado de Activos de esta ciudad procedió a imputarles ante el Juez Setenta y Dos Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá por los delitos de fraude procesal y falsedad en documento privado.

Indican que, en providencia de 31 de abril de 2018 el despacho judicial mencionado con antelación, impuso como medida cautelar la suspensión provisional de las resoluciones expedidas por el Ministerio de Educación a favor de Nempeque Domínguez y Sales Puccini que les permitió el ejercicio de la Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva; y se abstuvo de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad por considerar que no se cumplen los presupuestos de facto establecidos por el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal. Dicha decisión fue apelada y confirmada por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta ciudad.

Por lo anterior, Jorge Nempeque Domínguez y Francisco José Sales Puccini, instauraron acción de tutela contra el Juzgado Sesenta y seis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá y el Juzgado Veintidós Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma municipalidad, al considerar que dentro del proceso penal anteriormente citado se les están conculcando los derechos fundamentales teniendo en cuenta la medida cautelar impuesta.

A través del presente mecanismo constitucional, pretenden dejar sin efectos las decisiones proferidas por las autoridades accionadas, a través de las cuales se dispuso la suspensión del ejercicio de su profesión de medicina.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

Avocado el conocimiento del asunto, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, ordenó correr traslado a las accionadas e involucrados para que ejerzan el derecho de contradicción, obteniéndose las siguientes respuestas:

1. El Juzgado Veintidós Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, adujo que por reparto le correspondió conocer del recurso de apelación del proceso radicado 2017-002270 interpuesto por el apoderado de los señores Jorge Nempeque Domínguez y Francisco José Sales Puccini, en contra de la decisión que impuso la suspensión de las resoluciones que convalidaron los títulos de Especialistas en Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva a sus prohijados.

En razón a lo anterior mediante providencia de 31 de mayo de 2018, dispuso: "... confirmar integralmente la decisión de imponer Medida de Restablecimiento de Derecho de Suspensión Provisional de las Resoluciones (...) Nº 18781 del 5 de noviembre de 2014, (...) Nº 18807 del 5 de noviembre de 2014, (...) que convalidaron los títulos de especialización en Cirugía Plástica, estética y reconstructiva a los imputados (...) Francisco José Sales Puccini, Jorge Nempeque Domínguez respectivamente, y la decisión de negar la imposición de medida de aseguramiento en contra de los procesados, proferidas por el Juzgado 76 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., en audiencia preliminar concentrada llevada a cabo los días 12, 13 y 23 de octubre y 3 de noviembre de 2017, conforme se indicó en la parte motiva de esta decisión..."

Por lo tanto, considera que no existe vulneración de derechos fundamentales y anexa copia del proveído.

2. El Juzgado 76 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, luego de realizar un recuento procesal, manifestó que, por medio de oficios 1023, 1024 y 1025 de 3 de noviembre de 2017 procedió a comunicar al Ministerio de Educación Nacional, la Subdirección de Aseguramiento de Calidad de esa misma entidad, al Ministerio de Salud y Protección Social, la suspensión provisional de las Resoluciones que convalidaron los títulos plurimencionados a fin de que se tomaran las medidas administrativas a que hubiera lugar, sumado a la vigilancia y supervisión que debía ejercer el Ministerio de Salud y Protección Social.

Por tal razón no considera que exista quebrantamiento de derechos fundamentales y solicita su desvinculación del trámite tutelar.

3. La Procuraduría Diecinueve Penal II de Bogotá, señaló que no se cumple con los requisitos para la procedencia de la acción de tutela, por cuanto puede existen otros medios de defensa judicial para lograr sus pretensiones. Adicionalmente indicó que se configura una falta de legitimidad en la causa por activa.

SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia de 13 de diciembre de 2018, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá declaró improcedente el amparo deprecado, señalando que no se evidencia vulneración a los derechos fundamentales incoados por los demandantes, al no cumplirse los requisitos sine qua non para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales.

Además, señaló que en el sub lite, los actores cuentan con otro mecanismo de defensa eficaz para atacar la medida de restablecimiento del derecho que suspendió las resoluciones 18781 y 18807 del 5 de noviembre de 2017 proferidas por la Subdirección de Aseguramiento de la Calidad para la Educación Superior del Ministerio de Educación que califica de inadecuados.

Finalmente, refiere que no se atendió por parte de los accionantes el principio de inmediatez, ya que se acudió a la acción constitucional transcurridos 7 meses sin que exista justificación alguna.

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, los demandantes interponen impugnación contra la sentencia emitida por la primera instancia, bajo los siguientes argumentos:

- i) La tutela cumple a cabalidad con los requisitos de procedibilidad contra providencias judiciales;
- ii) No comparte la posición del fallador en cuanto a la falta del requisito de subsidiariedad, ya que pese a que el proceso está en curso se configura una conculcación de garantías de orden constitucional;
- iii) Se cumplió con el requisito de inmediatez puesto que la demora al interponer la acción que nos concita se justifica en que los actores solicitaron conceptos al Ministerio de Salud, con el objeto de dejar claro el cambio normativo en el ejercicio de la medicina, por lo que "...la homologación de la última especialidad no es requisito habilitante como tampoco el no tenerle constituye ejercicio ilegal de la profesión...". Es por lo anterior que la inmediatez debe verificarse en cada caso en particular conforme lo dispuesto en la sentencia T 397-2011.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, este juez

colegiado es competente para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta por Francisco José Sales Puccini y Jorge Nempeque Domínguez, en tanto lo es en relación con la sentencia de tutela que, en primera instancia, profirió la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, de quien la Sala de Casación Penal es superior funcional.

2. 2. Problema jurídico

Corresponde a la Corte determinar si las entidades accionadas violaron las garantías fundamentales de los accionantes, al emitir la medida cautelar que suspendió los actos administrativos que convalidaron sus títulos de Especialistas en Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva.

3. De la procedibilidad de la acción de tutela y el asunto en concreto

La [Constitución Política](#), en el artículo 86, estableció la tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual que tiene por objeto la protección de manera efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, ante su vulneración o amenaza, proveniente de la acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o de los particulares, en los casos que la ley regula, siempre que el interesado no cuente con otros medios de defensa judicial.

Esto permite inferir que cuando el ordenamiento jurídico establece otro mecanismo judicial efectivo de protección, el interesado debe acreditar que acudió en forma oportuna a aquél para poner en conocimiento ante el juez ordinario la posible violación de sus derechos constitucionales fundamentales.

Por lo tanto, se constituye en presupuesto de procedibilidad, el agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa legal¹. Ya que la acción de amparo no tiene por objeto suplantar los medios de defensa ordinarios, ni mucho menos convertirse en una instancia más. Por lo tanto, resulta improcedente.

Así las cosas, a la Sala le corresponde establecer si a los accionantes se le vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, al debido proceso, al libre ejercicio de la profesión u oficio, a la defensa, al buen nombre, al acceso a la administración de justicia y al trabajo, al emitir las autoridades accionadas una medida cautelar que suspendió las resoluciones expedidas por el Ministerio de Educación que les permitió el ejercicio de la Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva

Pues bien, en el caso sub examine, resulta oportuno partir de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales de manera excepcionalísima, situación frente a la cual deben cumplirse las siguientes exigencias:

(...) el funcionario judicial que conoce del amparo debe constatar que: (i) el asunto tenga relevancia constitucional; (ii) el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela; (iii) la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de los derechos fundamentales; (v) el accionante identifique, de forma razonable, los yerros de la autoridad judicial que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible; (vi) el fallo impugnado no sea de tutela. (Subrayado fuera de texto)

(...) si en un caso concreto se encuentran cumplidos los anteriores requisitos genéricos, será necesario entonces acreditar, además, que se ha configurado alguno de los siguientes defectos: (i) orgánico, (ii) sustantivo, (iii) procedimental, (iv) fáctico, (v) error inducido, (vi)

decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente constitucional y (viii) violación directa a la Constitución.”2.

Ahora bien, esta Sala estima que: i) el caso tiene incuestionable relevancia constitucional, pues lo que es objeto de debate es la vulneración de los derechos fundamentales invocados –en el marco del proceso ordinario penal con radicación 11001600009620170027000 seguido en contra de Francisco José Sales Puccini y Jorge Nempeque Dominguez–; ii) si bien se agotó el recurso ordinario de apelación que procedía en contra de la providencia que ordenó la suspensión de las Resoluciones por las cuales se convalidaron los títulos de Especialización de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva de los actores, es preciso indicar que el proceso se encuentra en curso, por lo tanto, aquellos tienen la posibilidad de solicitar audiencia preliminar; iii) se interpuso la acción de tutela en un término razonable; conforme a las justificaciones esgrimidos por el defensor de los acusados; iv) identificó claramente los fundamentos fácticos, las pretensiones y las prerrogativas que estimó quebrantadas y; v) no se discute por esta vía una sentencia de tutela.

En tal sentido, este cuerpo colegiado comparte la posición asumida por el fallador de primera instancia, toda vez que al ser un proceso en curso y una decisión de la competencia del Juez de Control de Garantías que no tiene ejecutoria formal, puede solicitar ante esa instancia la modificación o revocatoria de esa medida, convalidándose ello como el mecanismo judicial idóneo y eficaz para discutir los temas que hoy pretende que se estudien en sede de tutela, la cual, se itera, no se encuentra instituida para rehabilitar oportunidades o instancias judiciales desaprovechadas o como en el caso se pretende sea una vía paralela para resolver cuestiones que pueden ser examinadas ante el juez natural.

Es que precisamente, la doctrina constitucional ha sido clara y enfática en señalar que al tratarse de providencias judiciales la acción de tutela procede solo de manera excepcional, pues como regla general las disidencias de las partes con lo resuelto por los funcionarios judiciales deben ser planteadas y debatidas en forma oportuna al interior del proceso,

acudiendo para ello a los medios de impugnación establecidos por los códigos de procedimiento. A «contrario sensu», se desconocerían los principios de cosa juzgada, de autonomía, de independencia judicial y de subsidiariedad que rigen el amparo.

Es así, como no puede el juez constitucional entrometerse en los asuntos que son propios del juez natural, menos aun cuando ni siquiera ha culminado el debate planteado, pues de lo contrario, se desbordarían los principios de subsidiariedad y residualidad que rigen este trámite constitucional tan exclusivo.

Resulta menester precisar que el máximo órgano constitucional ha señalado que «la acción de tutela no es procedente frente a procesos en trámite o ya extinguidos en los cuales el ordenamiento jurídico tiene establecido medios de defensa judiciales idóneos y eficaces para asegurar la protección de los derechos y las garantías fundamentales, pues en el evento de desconocer esta situación, se estaría quebrantando el mandato del artículo 86 superior y desnaturalizando la figura de la acción de tutela³» .

Corolario de lo anterior, esta Sala considera razonable, acorde a la sana crítica, la experiencia, y por demás, coherente con la jurisprudencia, ley y doctrina la medida objeto de reproche, pues busca proteger la integridad y vida de los pacientes que acuden a los servicios de dichos profesionales de la salud, asumiendo que cuentan con los estudios, conocimientos, técnica, Lex Artis y experiencia que se requieren para realizar los procedimientos quirúrgicos Plásticos, Estéticos o Reconstructivos que ofrecen, por lo que se advierte que la decisión confutada de manera alguna es violatoria de los derechos fundamentales.

Así las cosas, la acción de tutela presentada por Francisco José Sales Puccini y Jorge Nempeque Domínguez, es a todas luces improcedente, imponiéndose en esta sede confirmar el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sala de

Decisión de Tutelas No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia impugnada, conforme las razones expuestas.

Segundo. Remitir por Secretaria de la Sala copia de la presente decisión al proceso objeto de censura.

Tercero. Notificar a las partes según lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto. Enviar las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cúmplase

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 del 8 de junio de 2005.

2 Cfr. Sentencia SU 297 de 2015 de la Corte Constitucional.

3 CC T-1343/01.