TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veintiocho (28) de abril de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

TRÁMITE:	**INCIDENTE DESACATO**
ACCIONANTE:	**JADER ENRIQUE ATENCIA VELÁSQUEZ**
ACCIONADO:	**MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL**
RADICADO:	**70001-23-33-000-2016-00309-00**
INSTANCIA:	**PRIMERA**

Procede la Sala a resolver el incidente de desacato propuesto por el señor **JADER ENRIQUE ATENCIA VELÁSQUEZ**, en relación con el fallo de tutela dictado el 09 de septiembre de 2016 que amparó su derecho fundamental a la vida.

1. ANTECEDENTES:

1.1. La ACCIÓN DE TUTELA.

El señor **JADER ENRIQUE ATENCIA VELÁSQUEZ** instauró acción de tutela contra el Ministerio de Defensa-Dirección de Sanidad del Ejercito Nacional, a efectos de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, los cuales estimó vulnerados por las autoridades accionadas por la negativa en la realización de una nueva Junta Médica Laboral, teniendo en cuenta las valoraciones en la especialidad de Neurología, Audiometría, Ortopedia, Otorrinolaringología, Gastroenterología y medicina general.

Mediante fallo del 09 de septiembre de 2016, esta Corporación amparó los derechos fundamentales del accionante y ordenó *"… al DIRECTOR DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL, que en el término de las cuarenta y*

ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, programe fecha y hora para llevar a cabo la nueva Junta Médico Laboral que requiere JADER ENRIQUE ATENCIA VELÁSQUEZ, la cual deberá realizarse dentro del término máximo de un (1) mes contado a partir de la fecha de la notificación de la presente providencia".

Para arribar a la citada resolutiva la Sala consideró que se cumplían los requisitos para ordenar una nueva valoración con la Junta Médica Laboral que requiere el accionante, comoquiera que las afecciones en su salud, ocurrieron en el servicio por causas y en razón a la prestación del mismo.

1.2. INCIDENTE DE DESACATO.

1.2.1. Solicitud.

El accionante, actuando en nombre propio, en escrito del 15 de noviembre de 2016, informó sobre el incumplimiento por parte de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, de la orden impartida en la sentencia de tutela y solicitó la iniciación del respectivo incidente de desacato, con fundamento en que hasta el momento no le habían realizado la nueva Junta Médica Laboral (folio 1).

1.2.2. Trámite del incidente.

Mediante auto de 18 de noviembre de 2016 se dispuso requerir al Director de Sanidad del Ejército Nacional, para que informara, en el término improrrogable de tres (3) días, cual había sido el cumplimiento dado a la sentencia dictada por este despacho el día 9 de septiembre de 2016 (folio 26).

Al auto anterior se le dio cumplimiento mediante Oficio enviado por correo electrónico a las siguientes direcciones[1]:

- notificaciones.sincelejo@mindefensa.gov.co
- notificaciones.bogota@mindefensa.go.co
- notificaciones.tutelas@mindefensa.gov.co
- disancomunicaciones@ejercito.mil.co
- disanejc@ejercito.mil.co

[1] Folio 27 a 31.

El término otorgado feneció sin pronunciamiento alguno del agente oficiado.

Por auto del 10 de marzo de 2017 se dio formal apertura al incidente de desacato en contra del Brigadier General, German López Guerrero, en su condición de Director de Sanidad del Ejército Nacional, por el presunto incumplimiento de la sentencia del 9 de septiembre de 2016 proferida por esta Corporación (folio 33 y 34).

En la misma providencia se le concedió al funcionario un término de tres (3) días para que informara sobre el cumplimiento de la orden de tutela y ejerciera el derecho de defensa que le asiste y se ordenó notificarle en forma personal el auto de apertura.

El auto de apertura del incidente fue notificado mediante correo electrónico enviado a las siguientes direcciones[2]:

- juridicadisan@ejercito.mil.co
- disanejc@ejercito.mil.co
- disancomunicaciones@ejercito.mil.co
- tutelasnacionales@defensajuridica.gov.co
- tutelasterritoriales@defensajuridica.gov.co

El funcionario encargado del cumplimiento del fallo guardó silencio al respecto, sin haber mediado pronunciamiento alguno durante todo el trámite incidental.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA. El inciso 2º del artículo 52 del Decreto Ley 2591 de 1991, dispone que las sanciones por desacato, serán impuestas por el juez de primera instancia de la tutela, mediante el trámite incidental de desacato, tal como lo ha decido la H. Corte Constitucional auto No. 369 de 2014.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta los hechos y las circunstancias descritas en los antecedentes, se contrae a establecer el Tribunal en esta oportunidad si *¿El Brigadier General, German López Guerrero, en su condición de Director de*

[2] Folio 35 y 36.

Sanidad del Ejército Nacional, incurrió en desacato en relación con la orden de tutela impartida en providencia de 09 de septiembre de 2016, que concedió el amparo del derecho fundamental del accionante a la salud y dispuso la realización de una nueva Junta Médica Laboral, donde se valora su estado de salud en las especialidades de; Neurología, Audiometría, Ortopedia, Otorrinolaringología, Gastroenterología y medicina general?

De mismo modo se determinará, *¿Si el incumplimiento de la orden de tutela obedece al actuar culposo o doloso del funcionario?*

2.2.1. GENERALIDADES DEL INCIDENTE DE DESACATO EN ACCIONES DE TUTELA.

En relación con el cumplimiento del fallo de tutela, el Decreto 2591 de 1991, por medio del cual se reglamentó el artículo 86 de la Constitución Política, estableció en su artículo 27, lo siguiente:

> "Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.
>
> Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente disciplinario contra aquel. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará 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 la sentencia**". (Resaltado fuera de texto)

A su turno, consagra el artículo 52 ibídem:

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

Respecto del incidente de desacato, ha dicho la H. Corte Constitucional:

> ***"Incidente de desacato y responsabilidad subjetiva***
>
> *Dice el artículo 52 del decreto 2591 de 1991 que '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 veinte 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'. Es, por lo tanto, una sanción y por lo mismo susceptible al debido proceso. …. Es pues el desacato un ejercicio del poder disciplinario y por lo mismo la responsabilidad de quien incurra en aquel es una responsabilidad subjetiva. Es decir que debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento[3]…."*

En relación con la naturaleza jurídica del incidente de desacato, ha establecido la Corporación de cierre en materia de derechos fundamentales que:

> *"El incidente de desacato es un mecanismo de creación legal que procede a petición de la parte interesada, de oficio o por intervención del Ministerio Público, el cual tiene como propósito que el juez constitucional, en ejercicio de sus potestades disciplinarias, sancione con arresto y multa a quien desatienda las órdenes de tutela mediante las cuales se protejan derechos fundamentales. De acuerdo con su formulación jurídica, el incidente de desacato ha sido entendido como un procedimiento: (i) que se inscribe en el ejercicio del poder jurisdiccional sancionatorio; (ii) cuyo trámite tiene carácter incidental. La Corte Constitucional ha manifestado que la sanción que puede ser impuesta dentro del incidente de desacato tiene carácter disciplinario, dentro de los rangos de multa y arresto, resaltando que, si bien entre los objetivos del incidente de desacato está sancionar el incumplimiento del fallo de tutela por parte de la autoridad responsable, ciertamente lo que se busca lograr es el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada y, por ende, la protección de los derechos fundamentales con ella protegidos[4]."*

Al mismo tiempo, esa H. Corporación ha determinado que, incumplir una providencia judicial, además de afectar el acceso a la justicia, desconoce la prevalencia del orden constitucional y la realización de los fines del Estado, vulnera los principios de confianza legítima, de buena fe, de seguridad jurídica y de cosa juzgada, máxime si se trata de una sentencia de tutela en la cual se están garantizando derechos fundamentales[5].

En cuanto a la interpretación del incidente de desacato, la Sección Quinta del H. CONSEJO DE ESTADO, se pronunció en los siguientes términos:

> *"Entonces, el incidente de desacato es el instrumento procesal creado por el legislador para que, de un lado, sea eficaz la orden impartida por el juez de tutela y, de otro, sean efectivos los derechos fundamentales que se protegen y garantizan en la Constitución".*
>
> */…/ la Corte Constitucional ha dejado en claro que, en el incidente de desacato, el demandado goza de las garantías propias de los procesos sancionadores, por lo que sólo puede ser sancionado si se adelanta el trámite conforme al proceso debido, se reprochan conductas culpables y se impone*

[3] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-763 de 1998. Exp. 161333. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
[4] Ut supra pie de página 3.
[5] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-367 de 2014.

el correctivo señalado en la ley (artículo 29 de la Constitución). Así, esa Corporación distingue dos tipos de responsabilidad: de un lado, la objetiva del incumplimiento y, de otro, la subjetiva del obligado a cumplir con la orden judicial, a quien sólo podrá repróchasele la negligencia, omisión injustificada e impericia en el cumplimiento del fallo. (…)

En este orden de ideas, el juez que conoce del incidente de desacato no puede agotar su análisis en el hecho objetivo del cumplimiento o incumplimiento, sino que, para imponer la correspondiente sanción, debe valorar los motivos y las circunstancias que precedieron al incumplimiento. De hecho, constituye un principio general del derecho el que nadie está obligado a lo imposible, por lo que no puede ser sancionado quien incumpliere una orden de tutela por hechos totalmente ajenos a su voluntad. Así las cosas, la Sala precisa dos aspectos:

El primero: que el incumplimiento del fallo no necesariamente implica la sanción por desacato, pues el incumplimiento consiste en una conducta que, desde el punto de vista objetivo, es diáfana en establecer que el fallo de tutela no ha sido cumplido. Y, desde el punto de vista subjetivo, el desacato se presenta cuando quien ha dado lugar a ese incumplimiento y a quien está dirigido el mandato judicial no ha sido diligente en el cumplimiento.

El segundo, que en el incidente de desacato no pueden resolverse nuevas situaciones jurídicas que no fueron planteadas en instancia, pues ese trámite se limita a definir si se cumplió o no con lo ordenado en el fallo de tutela. De igual modo, quién está obligado a cumplir con el fallo no puede aducir nuevos hechos para sustraerse de su cumplimiento, pues el momento procesal para hacerlo era el trámite de tutela. En consecuencia, el marco de competencia del juez que tramita el desacato está definido con la orden judicial que se produjo para amparar los derechos fundamentales de la demandante."[6]

Luego reiteró el H. Consejo de Estado:

"Ante una manifestación de incumplimiento formulada por alguna de las partes de la acción de tutela, el juez tiene dos posibilidades independientes, no excluyentes entre sí: 1) Iniciar el trámite tendiente a obtener el cumplimiento del fallo y 2) Iniciar un incidente de desacato; ii) el trámite para el cumplimiento tiene como única finalidad asegurar de manera efectiva y real el acatamiento de las órdenes contenidas en la sentencia de tutela; iii) en cambio, el incidente de desacato, tiene como finalidad la de sancionar al responsable de ese incumplimiento y, iv) el trámite para el cumplimiento del fallo es de naturaleza objetiva. Sólo interesa demostrar que la sentencia no fue cumplida en los precisos términos en que fue proferida. El incidente de desacato, por el contrario, es de naturaleza subjetiva, ya que allí es necesario, además de demostrar el incumplimiento, determinar el grado de responsabilidad -a título de culpa o dolo- de la persona o personas que estaban obligadas a actuar en pro del cumplimiento de la sentencia[7]*"*

En virtud de lo anotado, se precisa, que no puede el juez constitucional que vigila el cumplimiento de su fallo, desbordar, en ejercicio de la potestad sancionatoria, el marco trazado en la providencia transcrita.

2.2.2. CASO CONCRETO.

[6] Auto de 25 de marzo de 2004, Rad. No. 15001-23-31-000-2000-0494-01(AC) C.P. Darío Quiñones Pinilla.

[7] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Auto de 22 de enero de 2009. Actor Guillermo Alberto Pulido Mosquera. C.P. Dra. Susana Buitrago Valencia.

Lo primero que debe entrar a verificar la Sala, es el contenido de la orden impartida en el fallo de tutela, y comprobar si al sancionado le correspondía dar cumplimiento a la misma, desde luego, teniendo presente que para poder sancionar por desacato se requiere acreditar el aspecto objetivo y subjetivo del comportamiento.

En ese orden, el incidente objeto de decisión debe ser resuelto bajo los parámetros jurisprudenciales anotados, dada su naturaleza sancionatoria, siendo obligatorio considerar el aspecto subjetivo, pues nuestro ordenamiento -entre sus principios rectores- proscribe la responsabilidad objetiva, exigiendo que sea el resultado de una acción u omisión ejecutada dolosa o culposamente por el agente, de tal manera que no sólo se debe determinar si el funcionario contra quien se inició el trámite incumplió la orden de tutela (fase objetiva), sino además verificar la responsabilidad subjetiva en la conducta (fase subjetiva).

Una vez analizado el sub examine, observa esta Sala de Decisión, lo siguiente:

La parte actora afirma que el ente accionado no ha dado cumplimiento al fallo de tutela, hecho este que es una negación indefinida no susceptible de prueba y por ello, asume la carga de demostrar lo contrario quien posee la obligación de cumplir.

En el presente caso, se puede inferir de manera razonable que a la fecha la entidad accionada en cabeza de su titular, no ha dado cumplimiento a las órdenes impartidas por el fallo que se dice desacatado, y el plazo para autorizar y convocar a una nueva Junta Médica de un (1) mes, se encuentra superado con creces, por lo que el incumplimiento desde el punto de vista objetivo, se encuentra superado.

Por otro lado, la responsabilidad subjetiva, para la Sala, igualmente se encuentra demostrada, dado que es claro que la responsabilidad sobre la decisión autorizar y realizar la Junta Médico Laboral del personal de las Fuerzas Militares, se encuentra radicada en la Dirección de Sanidad accionada y por consiguiente en cabeza del funcionario que la preside (Decreto 094 de 1989 y Decreto 1796 del 2000).

Así pues, quien ostenta dicho cargo, claramente omite el cumplimiento de su función asignada por la entidad accionada, sin dar explicaciones de las que se deduzcan justificaciones de tipo logístico, técnico, económico, que imposibilitaran la materialización de la orden dada, de donde se infiere su actuar negligente, displicente e insidioso frente al cumplimiento de la decisión judicial de tutela emanada de la providencia que da origen al presente trámite, poniendo en entredicho no solo la institucionalidad del Estado colombiano, sino los derechos de los miembros de la fuerza pública y aun, de quienes enlistaron sus filas, para salvaguardar el orden público del país.

2.2.3. De la proporcionalidad en la sanción que se impone.

Jurisprudencialmente se ha determinado que, la sanción que se impone tiene la virtualidad de hacer cumplir el fallo de tutela y resulta proporcionada frente a la referida finalidad, la H. Corte Constitucional en sentencia C-033 de 2014, señaló unas pautas a tener en cuenta respecto al tema, para que en su materialización no se llegue anular en alguna medida, la libertad de locomoción o la iniciativa privada, como tampoco la dignidad humana, el derecho al trabajo o el debido proceso entre otros.

> *"El test de proporcionalidad es un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza.*
>
> *El primer aspecto que debe abordarse con ese propósito, es la finalidad de la medida, a efectos de constatar si ella persigue un objetivo legítimo a la luz de la Constitución.*
> *(…)*
> *El siguiente paso del test de proporcionalidad indaga por la idoneidad de la medida para alcanzar el objetivo propuesto. Este es uno de los pocos casos en que, por excepción, le es permitido al juez constitucional adentrarse en el estudio de los efectos previsibles de la aplicación de la norma acusada.*
> *(…)*
>
> *Igualmente, la Corte encuentra proporcional en stricto sensu la medida analizada, como quiera que no tiene la entidad para anular por sí misma las libertad de locomoción o la iniciativa privada, como tampoco la dignidad humana, el derecho al trabajo o el debido proceso; por el contrario, permite que se materialicen y protejan como se explica a continuación, por lo tanto, el legislador no ha excedido las funciones que constitucionalmente le son reconocidas en la materia"*[8]*.* (Resaltado del texto original)

[8] También se puede consultar. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.SECCIÓN QUINTA. C.P. Dra. ROCÍO ARAÚJO OÑATE. Auto del veintiuno (21) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Ahora bien, en aplicación del test de proporcionalidad sobre el sub examine, considera esta Colegiatura proporcional y acorde a los lineamientos constitucionales, imponer como sanción, una multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo en cuenta que en el caso de marras, concurren los presupuestos referidos toda vez que la multa y el arresto, persiguen un fin acorde con la Constitución Política, en consideración a que se pretende la garantía de los derechos fundamentales a la salud y a la vida del accionante que se encuentran en riesgo por la omisión del funcionario incidentado, Director de Sanidad del Ejército Nacional Brigadier General **GERMÁN LÓPEZ GUERRERO**[9], buscándose en todo caso, el cumplimiento del fallo de tutela proferido por este Tribunal desde el 9 de septiembre del año 2016.

Así las cosas y teniendo en cuenta la jurisprudencia en cita, se puede determinar que, la sanción impuesta es proporcional y adecuada, pues se impone dentro de los límites legales y atendiendo la gravedad de la vulneración del derecho en discusión, que se trata del cumplimiento oportuno de las decisiones judiciales en firme que protegen el derecho fundamental a la salud de una persona.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SUCRE, SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRESE que el Director de Sanidad del Ejército Nacional - Brigadier General **GERMÁN LÓPEZ GUERRERO** es responsable de desacatar la orden que se le impartió por parte de este Tribunal, en la sentencia de tutela de 9 de septiembre de 2016.

SEGUNDO: IMPÓNGASE al Brigadier General **GERMÁN LÓPEZ GUERRERO**, Director de Sanidad del Ejército Nacional, multa equivalente a

[9] Información que se puede verificar en la página web de la institución accionada http://www.disanejercito.mil.co/index.php?idcategoria=2125943 la cual presenta como fecha de ultima actualización 25 de abril de 2017, consulta hecha el 25 de abril de 2017 a las 16:11 minutos.

cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que debe consignar de su patrimonio a favor del Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en la cuenta del BANCO AGRARIO CUENTA DTN MULTAS Y CAUCIONES EFECTIVAS No. 3-0820-000640-8[10], dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, término dentro del cual deberá acreditar el pago de la misma.

TERCERO: Para el cumplimiento efectivo de la sanción de multa, por secretaría, expídase copia íntegra y auténtica de la presente providencia, con destino a la oficina de cobro coactivo de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Sincelejo, para los efectos de los artículos 10 y 11 de la Ley 1743 de 2014. **REALÍCESE** lo anterior, una vez se surta el grado de consulta de esta providencia y solamente si es **CONFIRMADA.**

CUARTO: ENVÍESE el expediente al H. Consejo de Estado, para que surta el grado de consulta, tal como lo dispone el inciso 2º del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta Nº67.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA

[10] Lo anterior, conforme lo regula el Acuerdo No. 002 del 22 de enero de 2016.