

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP6391 - 2019

Radicación n.º 104009

(Aprobado Acta No. 122)

Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por el ciudadano Diego Fernando Trujillo Marín contra el fallo de tutela proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia (Quindío) el 14 de marzo de 2019, por medio del cual negó el amparo que invocó contra la Fiscalía Tercera Seccional de Armenia, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Quindío y Nivel Central en Bogotá y la señora Natalia Martínez Sánchez.

Mediante auto del 27 de febrero de 2019, la Sala de Casación Civil de esta Corporación, declaró la nulidad del fallo proferido, al observar la falta de competencia de la Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Armenia para resolver en primera instancia la presente acción de tutela, pues consideró que el amparo, dada la situación fáctica que narró el accionante en el líbello de la demanda, no se estaba dirigido contra las actuaciones de los Juzgados Segundo de Familia y Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, sino contra el despacho fiscal, el instituto y la persona natural citadas ut supra, por lo que su vinculación al trámite se tornaba «aparente», razón por la que fue

repartida al superior funcional de la Fiscalía Tercera Seccional, esto es, a la Sala de Decisión Penal de la misma Corporación judicial.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El ciudadano Diego Fernando Trujillo Marín interpuso acción de tutela contra la Fiscalía Tercera Seccional de Armenia, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Quindío y Nivel Central en Bogotá y la señora Natalia Martínez Sánchez por considerar vulnerado el derecho a la custodia y cuidado personal del niño S.T.M1.

De la demanda de tutela y de sus anexos extracta la Sala que el accionante Diego Fernando Trujillo Marín sostuvo una relación sentimental con Natalia Martínez Sánchez, con quien tuvo a su hijo S.T.S., actualmente de 5 años de edad. Posteriormente, se separaron y acordaron ejercer ambos la patria potestad. Empero, la custodia y cuidado personal del menor, quien padece una grave enfermedad, la ostenta la progenitora, como quiera que esta le fue entregada mediante Resolución del 9 de diciembre de 2014, por la Defensora de Familia del Centro Zonal de Armenia Norte ICBF, Regional Quindío.

Adujo el accionante que la madre del menor viene ejerciendo la custodia y cuidado del menor de forma arbitraria, toda vez que ella vive con él desde que nació mientras que aquél solo tiene contacto con este de manera «intermitente y discontinua», pues que le restringe las visitas a las que tiene derecho, incumpliendo el régimen previamente fijado por el ICBF.

Sostuvo que el 15 de noviembre de 2018, la accionada no solo separó al menor de su lado, al «arrebatarlo arbitrariamente» y desplazarse de esta ciudad a Armenia sin su consentimiento, sino que interrumpió de manera abrupta el tratamiento oncológico de alta calidad que venía recibiendo en la Fundación Santa Fe de Bogotá, gracias al plan de medicina prepagada al que se encuentra afiliado. En su sentir, esa ciudad no cuenta con las clínicas y/o hospitales especializados en garantizar de manera oportuna la asistencia para tratar el cáncer agresivo que su hijo padece, «privándolo así del derecho a la salud integral

y efectivo».

Explicó que con la señora Natalia Martínez Sánchez ha sobrellevado una relación conflictiva y hostil, la que ha sido conocida por diferentes autoridades judiciales como administrativas, si se tiene en cuenta que lo denunció por violencia intrafamiliar; aunque ese asunto fue archivado, han existido otros trámites, por permisos para salir del país y de restablecimiento de derechos ante el ICBF; estos últimos encaminados a salvaguardar los derechos fundamentales del menor.

Indicó que dichos problemas se vieron reflejados, el 14 de diciembre de 2018, en las instalaciones del Hospital Infantil de Manizales, al generarse por parte de Natalia Martínez Sánchez un mal ambiente y la prevención del personal médico, de enfermería y de seguridad, momentos en los que pretendía visitar a su hijo, encontrándolo «completamente alienado y en contra mía» manifestándole al menor que «venía era a llevarlo conmigo a Bogotá» por lo que su reacción, fue llorar y aferrarse a su madre, razón por la que se vio obligado a salir de la institución hospitalaria «casi a la fuerza».

Finalmente, afirmó que en razón al ejercicio arbitrario de la custodia, denunció a la accionante ante la Fiscalía General de la Nación, cuyo conocimiento correspondió a la Fiscalía Tercera Seccional de Armenia, despacho al que le solicitó no retirar la solicitud de preclusión de la investigación pues considera que lo procedente es convocarla a la audiencia de formulación de imputación, en atención a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en los que su hijo fue sustraído, es decir, sin su consentimiento.

Bajo ese derrotero, solicita el amparo a los derechos fundamentales invocados. En consecuencia, se le ordene a la señora Natalia Martínez Sánchez permitir, «con su presencia o sin ella», el traslado del menor S.T.M. al apartamento de su propiedad para que esté cerca al Hospital Universitario Fundación Santa Fe o a la Clínica del Country, a efectos de que, en estas instituciones se le brinde la atención médica especializada y de alta calidad que

requiere para el tratamiento de la enfermedad que padece. Así mismo, cumpla con el régimen de visitas ordenado por el ICBF en la Resolución del 9 de diciembre de 2014.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia (Quindío), mediante providencia del 14 de marzo de 2019, negó el amparo que invocó el accionante al no advertir vulneración a derecho fundamental alguno.

Arribó a esa conclusión luego de verificar que pese a los inconvenientes personales y económicos de los padres del menor S.T.M., la IPS Oncólogos de Occidente S.A.S de la ciudad de Armenia, ha garantizado la continuidad del tratamiento oncológico que inició el Hospital Universitario Fundación Santa Fe.

Consideró, además, que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para dirimir el conflicto suscitado en torno a la fijación de las visitas por parte del promotor a su hijo, que ya habían sido reguladas por el ICBF, pues dicha competencia radica en los jueces, comisarios o defensores de familia y no en el juez constitucional.

En cuanto al proceso penal que adelanta la Fiscalía Tercera Seccional de Armenia contra la accionada Natalia Martínez Sánchez, estimó que al haber sido retirada por la funcionaria la solicitud de preclusión que había radicado ante el juez de conocimiento, resultaba innecesario emitir un pronunciamiento al respecto.²

LA IMPUGNACIÓN

El 20 de marzo de 2019, el actor, Diego Fernando Trujillo Marín, impugnó lo decidido. Como fundamentos de disenso expuso que el Tribunal de instancia pasó por alto que lo pretendido con la presentación de este amparo es proteger los derechos fundamentales del niño, como lo es el tener una familia y a no ser separado de ella, sin que ello implique convivir en la

misma residencia sino con la cercanía necesaria que facilite la continuidad y prestación de los servicios de salud que el menor requiere en las mejores clínicas de Bogotá.³

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para pronunciarse sobre la impugnación instaurada contra el fallo emitido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Armenia.

El inciso 4º del artículo 86 de la Constitución consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y determina que “[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En ese orden, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos antes que a la tutela.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer, dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia.⁴

No obstante lo anterior, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, la tutela es procedente si se acredita (i) que el mecanismo no es idóneo ni eficaz, o (ii) que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la

eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela.”⁵

El problema jurídico que convoca a la Sala consiste en determinar si los derechos fundamentales a la familia, custodia y cuidado personal, salud y vida del menor S.T.M fueron o no vulnerados por la señora Natalia Martínez Sánchez al haberlo traslado de Bogotá (donde recibía tratamiento especializado para el cáncer que padece en el Hospital Fundación Santa Fe) a la ciudad de Armenia, que en criterio del accionante y progenitor Diego Fernando Trujillo Marín, no cuenta con instituciones especializadas en oncología, por consiguiente, si es procedente revocar el fallo impugnado y, conceder el amparo invocado.

Análisis del caso concreto.

En el sub examine, de acuerdo con lo anotado ut supra, no se cumple con el requisito de procedencia de la acción de tutela, atinente a la subsidiariedad, por las siguientes razones:

En asuntos de custodia, cuidado personal y regulación de visitas, tanto los jueces de familia, como los comisarios y defensores, tienen competencia, según el Código General del Proceso y el Código de la Infancia y la Adolescencia, para conocer del proceso judicial o del trámite administrativo, según sea el caso y evaluar la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de garantías⁶ en asuntos donde se ven comprometidos los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, como en este caso, en el que se encuentran, presuntamente, involucrados los del menor S.T.M.

En ese orden, dichos funcionarios podrán tomar las medidas provisionales de urgencia que sean necesarias para la protección integral del menor y practicar las pruebas que consideren conducentes para establecer los hechos perturbadores de los derechos del niño, como ya lo viene haciendo el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Quindío Centro Zonal

Armenia Sur, según lo advierte la Corte, luego del estudio juicioso al expediente de tutela.

En efecto, dicha revisión evidenció que el actor Diego Fernando Trujillo Marín ante el traslado que narró en el líbelo de la demanda y en aras de salvaguardar la salud de su hijo ante el cuadro de la enfermedad que padece, acudió a dicho Instituto para instaurar proceso administrativo de restablecimiento de derechos del menor S.T.M, en el que dicha autoridad adoptó como medida provisional la ubicación en familia de origen con la señora Natalia Martínez Sánchez, en calidad de progenitora del niño S.T.M. quien ostenta la custodia y cuidado personal del menor.

A su vez, impuso como medida complementaria la amonestación consistente en la conminación a los padres Diego Fernando Trujillo Marín y Natalia Martínez Sánchez en el cumplimiento de las obligaciones que les corresponden, en un ambiente sano que favorezca su estado emocional. Prevención que también ordenó el Juzgado Segundo de Familia de Armenia en Acta de Audiencia Pública n.º 211 el 11 de diciembre de 2018, al conminarlos a que se vinculen a un proceso terapéutico que les permita superar las diferencias que presentan entre ellos, pues pueden influir negativamente en la recuperación de la enfermedad que padece S.T.M.

Ahora bien, la autoridad administrativa en el informe que rindió, con ocasión de la interposición de esta acción de tutela, señaló que, según las labores de seguimiento que ha llevado a cabo en razón a las medidas de protección adoptadas, estableció que la IPS Oncólogos del Occidente «ha salvaguardado los derechos fundamentales en lo que respecta al derecho a la salud y al tratamiento que se le viene brindando al niño».

Así mismo, anunció que en atención al concepto emitido por la Procuraduría 39 Judicial II, solicitaría al Hospital Universitario Fundación Santa Fe de Bogotá, institución en la que el menor S.T.M. venía siendo tratado, a efecto de que «conceptúe sobre la necesidad o no de la continuidad de su tratamiento en dicha institución» y acerca de la posibilidad de que el

mismo continúe brindándolo la IPS Oncólogos del Occidente S.A.S de la ciudad de Armenia, sin que ello implique colocar en riesgo la salud y la vida del niño S.T.M.

Lo anterior, con la finalidad de verificar, si de acuerdo al diagnóstico que presenta el menor, le han sido garantizados de manera oportuna los servicios de salud y si se requiere, por parte de esa autoridad administrativa modificar la medida de restablecimiento de derechos provisional adoptada en su favor, todo ello en procura de salvaguardar sus derechos fundamentales, el interés superior, la prevalencia de sus derechos y la correspondencia de la Ley de Infancia y Adolescencia.

Bajo ese derrotero, es claro que el proceso de restablecimiento de derechos, promovido por el accionante Diego Fernando Trujillo Marín, que no ha culminado y que en todo caso, puede ser prorrogado, según lo previsto en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, es el mecanismo idóneo y eficaz para desatar sus pretensiones, de suerte que la acción de tutela deviene improcedente para estos efectos.

Finalmente, la Corte no advierte la posible existencia de un perjuicio irremediable en el caso concreto que pudiera hacer procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, debe señalarse que aunque el actor alegó esta circunstancia, no demostró que existiera tal evento. Incluso, valorando el acontecer fáctico, la Sala no aprecia la concurrencia de los presupuestos establecidos por la doctrina constitucional para la configuración de un perjuicio irremediable como son la inminencia, la urgencia, la gravedad y la imposterabilidad de la acción, sobre todo porque el menor ha venido recibiendo el tratamiento médico que requiere para el manejo de su enfermedad.

En suma, esta acción no constituye un mecanismo adicional a los consagrados en la legislación ordinaria, al contrario, se trata de un instrumento residual, preferente y sumario dirigido a la protección inmediata de los derechos fundamentales ante su menoscabo actual o una amenaza inminente por la acción u omisión antijurídica de cualquier autoridad pública

o de los particulares en los casos previstos en la ley, que procede cuando el afectado no dispone de otro medio eficaz de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, conjunto de hipótesis que en el caso que se examina, no convergen.

En los anteriores términos, a la Sala no le queda alternativa diferente a confirmar lo decidido en primera instancia, con la precisión, que la acción de tutela se niega por improcedente, al no cumplirse el requisito de subsidiariedad.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sala de Decisión de Tutelas n.º 1, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- Confirmar el fallo de tutela de primera instancia, por las razones tadas en precedencia.

SEGUNDO.- Notificar esta providencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.-Remitir la actuación a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Esta Sala ha adoptado como medida de protección de la intimidad del niño involucrado en este proceso, suprimir de la providencia y de toda futura publicación de la misma sus nombres verdaderos

2 Folios 30 y ss, cuaderno 3

3 Folios 43 y ss ibídem

4 CC T-387 de 2016

5 CC T-705 de 2012

6 Amonestación, retiro de la actividad que amenace o vulnere sus derechos, ubicación en medio familiar, ubicación en centros de emergencia, adopción.