

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP2168-2021

Radicación No. 114820

(Aprobado Acta No.47)

Bogotá D.C., dos (2) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Sala la impugnación interpuesta por MARÍA CAMILA TREJOS RESTREPO, contra el fallo de tutela proferido el 18 de diciembre de 2020 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, que negó la solicitud de amparo interpuesta contra la Fiscalía Dieciséis Seccional de la Unidad de Vida, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Occidente, la Procuraduría Judicial de Familia, el Área de Infancia y Adolescencia de la Policía Nacional, la Clínica Los Rosales, la Empresa Drogas, la IPS Amanecer Médico, la Funeraria Jardines El Renacer y el señor Óscar Eduardo Romero Bedoya.

Fueron vinculados con interés legítimo en el asunto la Directora Seccional de Fiscalías, María Salomé Valencia en calidad de psicóloga del ICBF, la señora “Diana” -madre sustituta del ICBF-, y la señora Luisa González.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron recogidos en la decisión de primera instancia, en los siguientes términos:

Informó la accionante que, el 22 de noviembre de 2020, a través de una llamada telefónica de la psicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se les informó del fallecimiento de su hija de 9 meses, por lo que al día siguiente se presentaron en la Funeraria Jardines del Renacer y con gran sorpresa observaron que el cadáver no correspondía a su bebé, lo que ella manifestó, mas un empleado intentó persuadirlos que el cuerpo había sido identificado con las huellas del registro civil, con desconocimiento que cuando su hija fue registrada no le tomaron huellas, por la pandemia. Además, en dicha funeraria, le indicaron que ella ya había perdido la patria potestad y derechos sobre su hija, de lo que ella no ha sido notificada por el ICBF.

Mencionó que, i) se dirigió a la Fiscalía General de la Nación, donde observó el expediente con el nombre de su hija, y en uno de sus folios aparecían el nombre y los datos de otra menor; ii) asimismo, que en la empresa Cryogas, que es la que suministra el oxígeno a su hija, continua brindando dicho servicio a la dirección donde cuidaban su niña; iii) además, en la IPS Amanecer Medico Pereira le informaron que no tenían conocimiento del fallecimiento de su hija; iv) el 30 de noviembre hogaño, siendo aproximadamente las 18:30 horas, se acercó al inmueble donde han cuidado a su hija, ubicado en la Mz. 17 C. 6 esquina, donde funciona una tienda, al frente de un parqueadero, en el barrio Parque Industrial Altos de Llano Grande, y observó que la madre sustituta, de nombre DIANA, tenía en sus brazos a su niña; v) el 2 de diciembre, aproximadamente a las 4:30 de la mañana, pudo observar que a ese inmueble llegó la patrulla de la Policía de Infancia y Adolescencia y sustrajo unas balas de oxígeno, de las mismas características de las que usa su hija, incluso dejaron caer una cánula del oxígeno y la sonda de la gastrostomía, los que ella tiene en su poder, es más, la patrullera es la misma que sacó a su hija de su casa en compañía del ICBF; vi) el médico de la Clínica Los Rosales, después que certificó el fallecimiento de su hija

extrañamente desapareció; vii) por información obtenida por parte de su equipo de investigación, pudieron ubicar los padres y/o familiares de la niña fallecida (Luisa González y Vicky), además, pudieron saber que la madre de esa menor es una habitante de la calle, consumidora de estupefacientes, a quien el ICBF le ha quitado 3 hijos, los cuales se han desaparecido.

Adujo que, el Delegado de la Fiscalía accionada no le ha dado la importancia a la investigación, se niega a contestarle las llamadas, en reiteradas ocasiones se ha negado a realizar una contraprueba de ADN por intermedio de un laboratorio particular. Además, le extrañó que el funcionario aludido, le informara, el 6 de diciembre del presente año, que ya tenían los resultados de Medicinal Legal, porque el profesional que tomó las muestras les indicó que se tardarían aproximadamente tres meses, y que, para ese procedimiento, el fiscal del caso, no informó las características físicas de su hija.

También aseguró que los padres de la menor fallecida han reclamado a su hija y/o le han solicitado al ICBF que se les permita verla, pero han sido informados que la niña está bien; además, el fiscal no ha entrevistado a la familia de la menor fallecida, pese a que le suministró esa información por intermedio de su apoderado de víctimas, desde hace aproximadamente una semana, lo que significa que el cuerpo o cadáver que les están entregando no tendría familiares.

Posteriormente, la accionante allegó otro escrito para indicar que, cuando el Delegado de la Fiscalía 16 Seccional de la Unidad de Vida se enteró de esta acción de tutela, ordenó la cremación del cuerpo de la bebé fallecida, lo cual pudo ser evitado cuando compareció al cementerio San Camilo, donde fue informada que, un familiar de la menor, había autorizado el entierro de su hija y según averiguaciones, posiblemente la persona involucrada es el padre de la menor, Óscar Eduardo Romero Bedoya.

(...)

Del escrito inicial de la demanda de tutela y del que anexó con posterioridad, se advierten las siguientes pretensiones de la accionante:

Principales: i) se ordene a quien corresponda, permitirle realizar una contraprueba de ADN por intermedio de un laboratorio particular, cuyo pago será asumido por la actora; ii) se ordene a quien corresponda, llevar a cabo la plena identidad del cadáver por parte de un perito de confianza, cuyos costos serán asumidos por la accionante, iii) solicitar a la Directora Seccional de Fiscalías y/o a quien corresponda llevar a cabo de forma inmediata la reasignación del caso a otro despacho fiscal y iv) con base en el artículo 417 de la ley 599 de 2000, se compulsen copias a las autoridades competentes.

Adicionalmente, además de algunas vinculaciones a esta acción, con invocación de los derechos a la administración de justicia, debido proceso, defensa, legalidad, imparcialidad, igualdad, contradicción y dignidad humana, requirió se ordenará el traslado del cuerpo a otra funeraria y/o a las instalaciones de Medicina Legal de la ciudad de Bogotá.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante decisión adoptada el 18 de diciembre de 2020, negó el amparo invocado por el accionante, al evidenciar que se constituyó en el presente caso una carencia actual del objeto por hecho superado, por cuanto cesaron los motivos que originaron la tutela, y en consecuencia, ya no existe vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno que pueda llevar al juez de tutela a emitir una orden tendiente, a lograr que se adopten las medidas pertinentes para obtener una respuesta a las peticiones elevadas ante el ente investigador, esto es, que se identificara plenamente el cadáver de la menor y se la realizara a esta, la prueba de ADN.

Por otra parte, declaró improcedente el amparo invocado frente a las demás solicitudes, teniendo en cuenta que no se cumple con el requisito de subsidiariedad para que proceda la acción de tutela, puesto que, la accionante no ha presentado petición formal ante el ente

investigador accionado, para que autorice la práctica de pruebas con laboratorios y entidades particulares, que serán asumidas económicamente por la parte actora.

Aunado a lo anterior, aseveró que, se torna improcedente el amparo constitucional, al encontrarse en trámite el proceso penal 2020-02143, el cual se encuentra en etapa de indagación.

LA IMPUGNACIÓN

MARÍA CAMILA TREJOS RESTREPO interpuso recurso de impugnación contra el fallo de tutela de primera instancia, reiterando su solicitud de la contraprueba por intermedio de un laboratorio particular, la cual será pagada con recursos propios.

Alegó que en el presente asunto se han presentado muchas irregularidades por parte de los accionados, como es el hecho que, se ha dirigido al fiscal encargado con el fin de obtener su autorización para llevar a cabo el examen de laboratorio particular.

Solicitó que, se ordene a la Clínica Los Rosales emitir un informe sobre los motivos por los cuales después del supuesto fallecimiento de su hijo, aún sigue prestando los servicios bajo el mismo contrato; además, que se entreviste bajo la gravedad del juramento al abogado de las víctimas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el artículo 44 del Reglamento Interno de esta Corporación, esta Sala es competente para resolver el recurso de impugnación impuesto por MARÍA CAMILA TREJOS RESTREPO, contra el fallo de tutela proferido el 18 de diciembre de 2020 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, que negó la solicitud de amparo interpuesta contra la Fiscalía Dieciséis Seccional de la Unidad de Vida, el Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Occidente, la Procuraduría Judicial de Familia, el Área de Infancia y Adolescencia de la Policía Nacional, la Clínica Los Rosales, la Empresa Cryogas, la IPS Amanecer Médico, la Funeraria Jardines El Renacer y el señor Óscar Eduardo Romero Bedoya.

Fueron vinculados con interés legítimo en el asunto la Directora Seccional de Fiscalías, María Salomé Valencia en calidad de psicóloga del ICBF, la señora “Diana” -madre sustituta del ICBF-, y la señora Luisa González.

Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

La tutela es un mecanismo de protección excepcional frente a providencias judiciales, su prosperidad va ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad que implican una carga para el actor, tanto en su planteamiento como en su demostración, como lo ha expuesto la propia Corte Constitucional¹.

La acción de tutela contra providencias judiciales, exige:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que atañe a los derechos

fundamentales del accionante.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.²

f. Que no se trate de sentencias de tutela.

i) Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece absolutamente de competencia para ello.

ii) Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

iii) Defecto fáctico, el cual surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

iv) Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales³ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión;

v) Error inducido, el cual surge cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

vi) Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los funcionarios judiciales de explicitar los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

vii) Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario

aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado⁴.

viii) Violación directa de la Constitución.

Los anteriores requisitos, no pueden quedarse en meros enunciados, pues han sido reiterados por la Corte Constitucional, primero en la sentencia C-590 de 2005, luego en las decisiones T-332, T-780 y T-212 de 2006, reforzando lo dicho en la primera de las mencionadas providencias, en el sentido de que, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas solo pueden tener cabida «... si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesta». -C-590 de 2005-.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

La impugnación se centra en un punto específico: determinar si efectivamente existe una vulneración a los derechos fundamentales de MARÍA CAMILA TREJOS RESTREPO, por parte de los accionados, con ocasión del proceso penal 2020-02143.

En síntesis, el objetivo del accionante con la solicitud de amparo es que: “i) se ordene a quien corresponda, permitirle realizar una contraprueba de ADN por intermedio de un laboratorio particular, cuyo pago será asumido por la actora; ii) se ordene a quien corresponda, llevar a cabo la plena identidad del cadáver por parte de un perito de confianza, cuyos costos serán asumidos por la accionante, iii) solicitar a la Directora Seccional de Fiscalías y/o a quien corresponda llevar a cabo de forma inmediata la reasignación del caso a otro despacho fiscal, iv) con base en el artículo 417 de la ley 599 de 2000, se compulsen copias a las autoridades competentes, v) se ordene el traslado del cuerpo a otra funeraria y/o a las instalaciones de Medicina Legal de la ciudad de Bogotá.

Frente a la primera de las pretensiones, la Sala evidencia que se configura una carencia actual de objeto por hecho superado, comoquiera que esta pretensión ya se encuentra cumplida por parte de la Fiscalía 16 Seccional de Pereira y el Instituto Nacional de Medicina Legal, puesto que, de las pruebas obrantes en el expediente se demuestra que el ente acusador accionado accedió a la solicitud de identificación del cadáver de la menor y a la realización de la prueba ADN, e inclusive, dio una priorización al caso junto con Medicina Legal, concluyendo las dos autoridades que, la bebé fallecida es la menor D.A.R.T., y que los padres biológicos eran María Camila Trejos y Óscar Eduardo Romero.

No obstante, si la accionante no confía en el resultado obtenido, puede solicitar formalmente ante el Delegado de la Fiscalía General de la Nación, la autorización para realizar las mismas pruebas en un laboratorio privado.

El argumento anteriormente expuesto, se manifiesta, igualmente, frente a las pretensiones de la accionante de la reasignación de un nuevo Fiscal para continuar con el proceso penal 2020-02143, y al traslado del cuerpo de la menor D.A.R.T. a la ciudad de Bogotá.

La accionante tampoco acreditó que el mecanismo de realizar peticiones formales dentro del proceso penal que se encuentra en curso, carezca de idoneidad y eficacia para el cumplimiento de su cometido y, mucho menos, aportó elementos probatorios suficientes que permitan concluir que ha agotado este o algún otro mecanismo dentro del proceso de referencia.

Es menester resaltar al accionante que, mientras un proceso se encuentre en curso, es decir, no se haya agotado la actuación del funcionario competente, el afectado tendrá la posibilidad de reclamar al interior del trámite el respeto de las garantías constitucionales, sin que sea admisible acudir para tal fin a la tutela⁵.

Justamente, ha explicado la Sala que las características de subsidiaridad y residualidad las cuales son predicables de la acción de protección constitucional, disponen como

consecuencia que no pueda acudirse a tal mecanismo excepcional de amparo para lograr la intervención del juez constitucional en procesos en trámite, porque ello además de desnaturalizar su esencia, socava postulados constitucionales como la independencia y la autonomía funcional que rigen la actividad de la Rama Judicial al tenor de la preceptiva contenida en el artículo 228 de la Carta Política.

Igualmente, estableció que tampoco puede acudirse a este excepcionalísimo medio de defensa para reemplazar los procedimientos ordinarios, cuando el amparo se concibió precisamente para suplir la ausencia de éstos y no para resquebrajar los ya existentes, lo cual impide considerarlo como medio alternativo o instancia adicional al cual acudir para enderezar actuaciones judiciales supuestamente viciadas.

En ese orden, al estar aún en trámite el proceso penal 2020-02143, la accionante no puede solicitar la presente protección constitucional, pues ello atenta contra los principios de residualidad y subsidiariedad que caracterizan este instrumento, según los cuales «esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial» (artículo 86 Constitucional), precepto que es reafirmado por el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, al decir que «la acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales».

Al respecto, 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 tutela. (CC T-1343/01).

En ese sentido, es preciso recordarle al actor que, al interior de los procesos judiciales, existen eficaces mecanismos de defensa para el restablecimiento de los derechos

presuntamente lesionados.

Es más, ante eventuales decisiones desfavorables, podrán interponer los recursos ordinarios que contra ellas proceda, tal como ocurre en el presente caso.

Por lo anterior, no puede el juez constitucional entrometerse en los asuntos que son propios del juez natural, cuando aún el accionante tiene la posibilidad de reclamar lo alegado ante el juez competente, pues de lo contrario, se desbordarían los principios de subsidiariedad y residualidad que rigen este trámite constitucional tan exclusivo.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de compulsas de copias formulada por la actora, se advierte que, puede acudir directamente ante los órganos de control y poner de presente su situación para los fines legales

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 1, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el fallo de tutela impugnado, por las razones expuestas.

SEGUNDO. NOTIFICAR a los sujetos procesales el presente fallo, por el medio más expedito.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARTHA LILIANA TRIANA SUÁREZ

Secretaria (E)

1 Fallos C-590 de 2005 y T-332 de 2006

2 Ibídem

3 Sentencia T-522 de 2001

4 Cfr. Sentencias T-462 de 2003; SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001

5 Cfr. CC - C-590/05 y T-332/06; CSJ - STP Rad. No. 31.781, 32.327, 36.728, 38.650, 40.408, 41.642, 41.805, 49, 752, 50.399, 50.765, 53.544, 54.762, 57.583, 59.354, 60.917, 61.515, 62.691, 63.252, 64.107, 65.086, 66.996, 67.145, 68.727, 69.938 y 70.488.