

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP4596-2021

Radicación n.º 115713

(Aprobación Acta No.97)

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintiuno (2021)

VISTOS

Decide la Sala el recurso de impugnación interpuesto por la titular de la DIRECCIÓN SECCIONAL DE FISCALÍAS DE BOLIVAR, contra el fallo de tutela proferido el 5 de marzo de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que tuteló los derechos fundamentales al debido proceso, verdad y acceso a la administración de justicia de MARTA ELENA RODRÍGUEZ TONCEL, frente a la autoridad recurrente, la Fiscalía 8 Especializada de Cartagena y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

## ANTECEDENTES

Y

## FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

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

2.1 En procura de la protección de sus derechos fundamentales a la justicia, verdad y reparación, la señora Marta Elena Rodríguez Toncel, promovió acción de tutela frente a las autoridades señaladas en precedencia, de acuerdo con las siguientes circunstancias fácticas:

2.1.1 Refirió la accionante que su hijo BORIS PAUL BARRERA RODRÍGUEZ desapareció en el Municipio de San Jacinto Bolívar en agosto de 1992, y que solo tuvo noticia de su paradero hasta el año 2014, cuando se enteró a través del periódico QHUBO CARTAGENA sobre la identificación de unos cadáveres N.N en el que supuestamente se encontraba su hijo.

2.1.2 Manifestó que el 2 de febrero de 2017 impetró denuncia ante la Fiscalía General de la Nación en contra de personas indeterminadas con el fin de que se investigara la

desaparición y muerte de su hijo, la cual fue asignada a la Seccional de Bolívar (no advirtió a que fiscal correspondió), sin que a la fecha haya avances de la indagación.

2.1.3 En virtud de la información brindada por ese medio de comunicación, solicitó el 20 de febrero de 2017 al Instituto de Medicina legal y Ciencias Forenses, que le informara la unidad de fiscalía que conoció del caso, el numero de radicado del asunto, las circunstancias de tiempo modo y lugar en que acaecieron los hechos, así como la información relacionada de la exhumación del cadáver, el acta de defunción y aquellos documentos relativos al fallecimiento del finado.

2.1.4 Señaló que el Instituto de Medicina Legal, a través de oficio del 1° de marzo de 2017 le informó que el 17 de mayo de 1992 mediante acta de levantamiento 088, se recibe por parte del juzgado 20 de instrucción Criminal Permanente de la ciudad de Cartagena, el cuerpo de un individuo sin identificar (N.N) de sexo masculino, aproximadamente de 25 años de edad, a quien se le realizó necropsia médico legal según protocolo de Necropsia No. 0162-92 (...) a quien e realizó identificación mediante cotejo Dactiloscopia- fehaciente según informe pericial de Dactiloscopia BOG-2012-001193 de enero 18 de 2012, con nombre de BORIS PAUL BARRAZA RODRÍGUEZ, nacido en San Jacinto bolívar, con fecha de nacimiento de 24 de marzo de 1972.

Así mismo, advirtió la demandante que la Directora Seccional de Fiscalías de Cartagena, mediante oficio del 31 de marzo de 2017 le comunicó que no era posible indicar las circunstancias de tiempo modo y lugar en las cuales fue asesinado su hijo, toda vez que la operación de la Fiscalía General de la Nación comenzó el 1° de julio de 1992 y el acta de levantamiento del cadáver data del 17 de mayo de 1992 por parte de un juez criminal permanente.

2.1.5 Ante tal escenario, adujo Rodríguez Toncel que el 2 de abril de 2018 solicitó nuevamente información al Instituto de Medicina Legal, con el fin de que le informaran donde se hallaban los restos de su hijo y la identificación para reclamarlo, así como los requisitos del trámite a seguir para realizar una prueba de ADN de los restos, para verificar si se trataba o no de su hijo BORIS PAUL BARRERA RODRÍGUEZ, y que eventualmente los restos sean enviados a Fonseca (Guajira).

2.1.6 En respuesta a su solicitud, la referida autoridad manifestó que remitió oficio DRNT-PAT 081 del 2017 a la oficina que coordina los cementerios distritales de Cartagena para que indique si en los archivos de esa dependencia se encuentra registro de inhumación del cadáver de BORIS PAUL BARRERA RODRÍGUEZ, petición que reiteró mediante oficio DSBL-PAT 107 del 2018 y que se encontraban a la espera de una respuesta por parte de la Alcaldía Mayor de Cartagena.

2.1.7 Seguidamente, la misma autoridad le informó que la práctica de la prueba de ADN con los restos del occiso y envío de los restos del occiso, es competencia de la autoridad judicial ordenarlo, en este caso, la Fiscalía General de la Nación a través de la seccional.

Teniendo en cuenta la anterior información, la señora Marta Elena Rodríguez Toncel reprocha que el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena no ha realizado ninguna gestión administrativa con el fin de obtener respuesta de los oficios DRNT-PAT 081 del 2017 y oficio DSBL-PAT 107 de 2018, en los que el Instituto de Medicina Legal le solicitó a esa entidad la

ubicación de los restos de BORIS PAUL BARRERA RODRIGUEZ.

Igualmente, la tutelante se duele de que a la fecha de interposición de la demanda han transcurrido más de 4 años desde que la Fiscalía general de la Nación y el Instituto de Medicina Legal han omitido realizar las gestiones administrativas para (i) exhumar el cuerpo de su hijo (ii) realizar cotejo de prueba de ADN entre los restos de su hijo y ella (iii) entregar el cuerpo de su hijo para darle cristiana sepultura, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1408 de 2010, reglamentado con el Decreto 303 del 20 de febrero de 2015, Decreto 4800 2011 y Ley 1448 de 2011.

2.1.8 De acuerdo con la reseña expuesta la señora Marta Elena Rodríguez Toncel solicita que se amparen sus derechos fundamentales al duelo digno, entrega digna de cadáveres de víctimas de desaparición forzada y homicidio en el marco del conflicto armado interno, la honra, debido proceso, verdad, justicia, integridad psicológica, tranquilidad, paz espiritual y emocional, los cuales son vulnerados presuntamente, por las autoridades demandadas, por la no entrega del cadáver de su hijo BORIS PAUL BARRERA RODRÍGUEZ.

2.1.1.1 En consecuencia, de lo anterior, pide que: (i) se ordene a la Fiscalía General de la Nación, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y al Distrito de Cartagena que coordinen el trámite administrativo de entrega digna de cadáveres de su hijo de acuerdo con el protocolo de entrega de cadáveres establecido en la Ley 1408 de 2010; (ii) ordenar al ente persecutor que inicie y lleve hasta su culminación la investigación penal de los delitos de desaparición forzada y homicidio de BORIS PAUL BARRERA RODRÍGUEZ, teniendo en cuenta las pruebas de las declaraciones rendidas ante la Notaria Única de Fonseca; y (iii) se

ordene a las autoridades accionadas al pago de una indemnización pecuniaria por los perjuicios psicológicos y morales causados por la mora injustificada en la entrega digna del cuerpo de su hijo.

## EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena concedió el amparo invocado por MARTA ELENA RODRÍGUEZ TONCEL, teniendo en cuenta que, con motivo a la denuncia presentada por la accionante, la Direccional Seccional de Fiscalías de Bolívar, en concreto, la Fiscalía 8 Especializada de Cartagena, sobrepasó el término máximo dispuesto en el artículo 325 de la Ley 600 de 2000 para dictar, bien sea resolución de apertura de instrucción, o resolución inhibitoria.

Resaltó que, desde la fecha en la que le fueron asignados los procesos No. 253.537 y 253.503 a la Fiscalía accionada, han transcurrido más de 4 años, y solo hasta el 10 de octubre de 2020, libró la primera orden de policía judicial, dentro del proceso 253.537; además, indicó que se encuentra estudiando la posibilidad de acumular el radicado 253.503, por tratarse de los mismos hechos.

Por otra parte, al haber expuesto un contexto del derecho a la verdad, la justicia y la reparación, determinó que, con las respuestas otorgadas a la accionante por parte de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bolívar, la Fiscalía 8 Especializada de Cartagena y el

Instituto Nacional de Medicina Legal, se lesionan las garantías fundamentales de la señora RODRÍGUEZ TONCEL frente a estos derechos.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la actora tiene derecho a conocer la verdad sobre los hechos que rodearon el desaparecimiento y muerte de su hijo, por lo tanto, ordenó a estas autoridades que “(...) de forma articulada adelanten las actuaciones administrativas y/o judiciales correspondientes encaminadas a reestablecer mínimamente los derechos de quien ostenta la calidad de víctima, y que ésta no debe soportar por más tiempo las circunstancias administrativas que truncan el debido funcionamiento de la administración de justicia”

## LA IMPUGNACIÓN

La titular de la DIRECCIÓN SECCIONAL DE FISCALÍAS DE BOLIVAR impugnó el fallo proferido en primera instancia y solicitó que el mismo sea modificado, al considerar que, el derecho fundamental invocado no está en cabeza de la Dirección, sino de la Fiscalía 8 Especializada de Cartagena quien tiene a su cargo las investigaciones penales radicadas bajo los números 253.537 y 253.503.

Manifestó que, coordinó e impartió impulso a las labores investigativas dentro de los radicados de referencia; sin embargo, es el Fiscal delegado para tal fin, con base a su autonomía, quien debe tomar las decisiones pertinentes conforme a las normas vigentes

para el asunto.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver el recurso de impugnación interpuesto por la titular de la DIRECCIÓN SECCIONAL DE FISCALÍAS DE BOLIVAR, contra el fallo de tutela proferido el 5 de marzo de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que tuteló los derechos fundamentales al debido proceso, verdad y acceso a la administración de justicia de MARTA ELENA RODRÍGUEZ TONCEL, frente a la autoridad recurrente, la Fiscalía 8 Especializada de Cartagena y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

De la mora judicial que da lugar al amparo de derechos fundamentales

A propósito del vencimiento del término previsto en el artículo 294 de la Ley 906 de 2004, esta Sala recurrentemente ha recordado que una de las garantías del debido proceso es que el procedimiento sea adelantado sin dilaciones injustificadas, aspecto que guarda relación con el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

Por este motivo, en desarrollo de tales postulados, la jurisprudencia mediante decisiones

tales como las sentencias de la Corte Constitucional T-1249 de 2004 y T-803 de 2012, ha establecido que corresponde al juez de tutela examinar, en cada caso concreto, las condiciones específicas del asunto sometido a decisión judicial y evaluar si existe o no una justificación que explique la mora, pues no toda dilación dentro de las actuaciones procesales puede reputarse vulneradora de derechos fundamentales y es por esa razón que la acción de tutela no procede automáticamente ante el incumplimiento de los plazos legales.

## ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

La impugnación se centra en un punto específico: determinar si efectivamente existe una vulneración a los derechos fundamentales de la señora MARTA ELENA RODRÍGUEZ TONCEL por parte de la DIRECCIÓN SECCIONAL DE FISCALÍAS DE BOLIVAR, la Fiscalía 8 Especializada de Cartagena y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido pacífica y reiterada en señalar que los principios de celeridad, eficiencia y efectividad deben orientar el curso de toda actuación procesal, so pena de que su desconocimiento injustificado devenga en una clara afectación al derecho en la modalidad de acceso a la administración de justicia, sabiendo que no basta con que se ponga en marcha el aparato jurisdiccional del Estado, sino que éste, a su vez, debe responder a tal petición de manera ágil y oportuna, (CC T-173-1993).

Según lo anterior, esa prerrogativa implica un deber correlativo del Estado de promover las condiciones para que el acceso de los particulares a la administración de justicia sea efectivo, comprometiéndose a hacer realidad los fines que le asigna la Constitución. Esta teleología constitucional debe ser el punto de partida y el criterio de valoración de la regulación legal sobre las cuestiones que atañen el derecho de acceso y la correspondiente función de administración de justicia.

No obstante, la mora de las autoridades en materia judicial no se deduce por el mero paso del tiempo, sino que exige hacer un análisis completo de la situación.

De ahí que, para determinar cuándo se presentan dilaciones injustificadas en la administración de justicia y, por consiguiente, en qué eventos procede la acción de tutela frente a la protección del acceso a la administración de justicia, la jurisprudencia constitucional, con sujeción a distintos pronunciamientos de la CIDH y de la Corte IDH (T-052/18, T-186/2017, T-803/2012 y T-945A/2008), ha señalado que debe estudiarse:

- i) Si se presenta un incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación judicial;
- ii) Si no existe un motivo razonable que justifique dicha demora, como lo es la congestión judicial o el volumen de trabajo, cuando el número de procesos que corresponde resolver al

funcionario es elevado (T-030/2005), de tal forma que la capacidad logística y humana está mermada y se dificulta evacuarlos en tiempo (T494/14), entre otras múltiples causas (T-527/2009); y

iii) Si la tardanza es imputable a la omisión en el cumplimiento de las funciones por parte de una autoridad judicial (T-230/2013, reiterada en T-186/2017).

Así entonces, resulta necesario para el juez constitucional evaluar, bajo el acervo probatorio correspondiente, si en casos de mora judicial ésta es justificada o no, pues no se presume ni es absoluta (T-357/2007).

Una vez hecho ese ejercicio, el juez de tutela, en caso de determinar que la mora judicial estuvo – o ésta – justificada, siguiendo los postulados de la sentencia T-230/2013, cuenta con tres alternativas distintas de solución:

i) Puede negar la violación de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, por lo que se reitera la obligación de someterse al sistema de turnos, en términos de igualdad;

ii) Puede ordenar excepcionalmente la alteración del orden para proferir la decisión que se eche de menos, cuando el juez está en presencia de un sujeto de especial protección

constitucional, o cuando la mora judicial supere los plazos razonables y tolerables de solución, en contraste con las condiciones de espera particulares del afectado; y

iii) Puede ordenar un amparo transitorio en relación con los derechos fundamentales comprometidos, mientras la autoridad judicial competente se pronuncia de forma definitiva en torno a la controversia planteada.

En el caso objeto de análisis, el juez de primera instancia acertadamente determinó que el ente investigador había incurrido en una mora injustificada, ya que sobrepasó el término máximo dispuesto en el artículo 325 de la Ley 600 de 2000 para dictar resolución de apertura de instrucción o resolución inhibitoria, con ocasión a las denuncias presentadas por la accionante; además, se tiene que, como fue informado por la Fiscalía 8 Especializada de Cartagena, después de 4 años de asignarse por reparto los procesos No. 253.537 y 253.503, solo hasta el 10 de octubre de 2020 se libró la primera orden de policía judicial, la cual, a la fecha, no ha sido ejecutada.

En ese orden, para la Sala es un hecho la tardanza en que ha incurrido la citada Fiscalía, de manera que, el tiempo que ha pasado desde el conocimiento del proceso superó con creces lo tolerable, por lo que, con base en el criterio adoptado por la Corte Constitucional en la ya citada sentencia T-230/2013, el a quo consideró necesario acudir a la segunda opción de las allí mencionadas para resolver los casos de mora judicial justificada, esto es, «ordenar excepcionalmente la alteración del orden para proferir la decisión que se eche de menos... cuando la mora judicial supere los plazos razonables y tolerables de solución, en contraste con las condiciones de espera particulares del afectado».

Así las cosas, lo procedente en este evento es confirmar el fallo de tutela de primera instancia, por medio del cual se tutelaron los derechos fundamentales invocados por la señora MARTA ELENA RODRÍGUEZ TONCEL.

Por otra parte, frente al derecho a la verdad amparado por el a quo, esta Sala ha reconocido que el interés de las víctimas y perjudicados con el delito por el que se hubiese sufrido un daño real, concreto y específico, puede estar determinado por la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación (CSJ SP, 9 Dic 2010, Rad. 34782 y CSJ AP, 1 Oct 2014, Rad. 44678).

En esta sede, es manifiesto que la pretensión principal de MARTA ELENA RODRÍGUEZ TONCEL se dirige, precisamente, a garantizar los derechos a la verdad y justicia que podrían verse menoscabados con las conductas omisivas de las autoridades accionadas.

Por tal motivo, considera esta Sala ajustadas a derechos, las medidas adoptadas por el juez de primera instancia, en pro de garantizar los derechos a la verdad, el debido proceso y acceso a la administración de justicia de la accionante.

Igualmente, se considera que, los términos determinados para tales fines<sup>1</sup>, son unos términos razonables para que se continúe con el trámite investigativo con el lleno de requisitos legales, por lo tanto, no será objeto de reproche lo ordenado por el a quo.

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 en su integridad el fallo de tutela de primera instancia.

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

TERCERO. Envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término indicado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 El término de diez (10) días, contados a partir de la notificación del fallo, para que la Dirección Seccional de Fiscalías de Bolívar, “conforme un equipo integrado por Fiscales y Policías Judiciales, con asignación especial a los procesos penales identificados con los radicados N° 253.503 y 253.537, en busca de cesar la dilación injustificada de la investigación, ello con la finalidad que le imparta celeridad a la actuación y que, de la manera más expedita posible, honrando el principio de la función judicial de tener una justicia pronta y cumplida, proceda, con base en los elementos materiales probatorios recaudados a adoptar la decisión que corresponda.”

Por otra parte, el término de un (1) mes, contado a partir de la notificación del fallo, para que la Fiscalía 8 Especializada de Cartagena, la Dirección Seccional de Fiscalías de Bolívar y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, coordinen con las demás entidades que correspondan, realicen las actuaciones tendientes a la exhumación del cadáver o restos inhumados, identificado por medio de la necropsia No. 0162-92 correspondiente a Boris Paul Barraza Rodríguez, realicen cotejo de ADN, y eventualmente, entreguen los restos óseos al doliente, en este caso, la señora Marta Elena Rodríguez Toncel.