

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

STP7665-2021

Radicado no.116101

Acta no.103

Bogotá, D. C., cuatro (4) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Resuelve la Sala la impugnación presentada por ENRIQUE FUENTES SÁNCHEZ, a través de apoderado, en contra de la sentencia del 19 de marzo de 2021, emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta (Magdalena), por medio de la cual se negó la acción de tutela interpuesta por esta persona en contra de la Fiscalía 39 Seccional de esa ciudad.

Además de la autoridad accionada, al trámite fue vinculada la Casa de Justicia de Santa Marta y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a efectos de que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones que son esgrimidos en el escrito de tutela.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el escrito de tutela, ENRIQUE FUENTES SÁNCHEZ sostuvo una relación sentimental con una mujer de nombre Aída Luz Parra Cabezas, fruto de la cual nació una niña de iniciales E.F.P., que actualmente es menor de edad. Indicó que, desde que terminó su relación sentimental, la madre de su hija ha interpuestos muchos obstáculos para que él

pueda visitar a la niña y convivir con ella. Por lo anterior, él se vio obligado a acudir a la Casa de Justicia de Santa Marta, en donde se pactó con Parra Cabezas el derecho de visitas ocasionales, particularmente en fechas especiales.

Empero, producto de la ruptura de los padres, la madre de la niña empezó a realizar una serie de denuncias falsas en contra del actor, relacionadas con el consumo de sustancias psicoactivas, el ejercicio de violencia psicológica en contra de menor y por, presuntamente, tenerla descuidada y no prestarle suficiente atención. Dado el disfuncional ambiente que se había generado en la relación parental, se solicitó la intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; entidad que se dispuso a crear un ambiente sano para el desarrollo de la niña y a constatar si las denuncias formuladas en contra de ENRIQUE FUENTES SÁNCHEZ eran ciertas.

Posteriormente, la madre de la niña volvió a denunciar al accionante por el presunto delito de lesiones personales; sin embargo, al revisar la historia clínica de la mujer, es evidente que ella no ha sufrido ataque alguno por parte de ENRIQUE FUENTES SÁNCHEZ. Igualmente, en el año 2018, la mujer volvió a denunciar al actor por la comisión de un presunto delito sexual en contra de la menor, lo que motivó que el I.C.B.F. interviniera nuevamente, para garantizar el restablecimiento de los derechos de la niña.

Actualmente, el accionante lleva más de 2 años sin ver a su hija y, ante el reclamo elevado, el I.C.B.F. le contestó que nada podía hacer, y que debía esperar a que la Fiscalía cerrara el caso que le tiene abierto por los presuntos delitos sexuales. Igualmente, le informó que, una vez ello ocurriera, él podría demandar a Aída Luz Parra Cabezas ante un Juzgado de Familia; autoridad que podrá determinar, de una vez por todas, el derecho de visita que le asiste a ENRIQUE FUENTES SÁNCHEZ como padre de E.F.P.

Por considerar que la anterior situación denota una clara vulneración a los derechos fundamentales de petición, debido proceso y acceso a la administración de justicia de

ENRIQUE FUENTES SÁNCHEZ, su apoderado demandó que se le ordene a la Fiscalía 39 Seccional de Santa Marta que resuelva la investigación que allí se adelanta en contra del actor, de manera que él pueda acudir ante el Juez de Familia a hacer valer sus derechos como padre.

TRÁMITE DE LA PRIMERA INSTANCIA

1. Por auto del 5 de marzo de 2021 se admitió la presente acción de tutela y se corrió el respectivo traslado a las partes e intervinientes.
2. El Defensor de Familia del Centro Zonal de Santa Marta, de la Dirección Regional del Magdalena del I.C.B.F. enfatizó en la importancia de reconocer y proteger el interés superior de los niños. Sin embargo, no hizo pronunciamiento alguno de cara a los hechos y pretensiones que son esgrimidos en la demanda de tutela.
3. A pesar de haber sido oportunamente notificadas, ni la Fiscalía 39 Seccional de Santa Marta, ni la Casa de Justicia de esa ciudad, se pronunciaron oportunamente al interior del trámite del presente mecanismo constitucional.
4. Visto lo anterior, en sentencia del 19 de marzo de 2021, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta resolvió declarar improcedente el amparo invocado por el apoderado de ENRIQUE FUENTES SÁNCHEZ, con fundamento en las siguientes razones: (i) no se satisface el requisitos de la subsidiariedad por cuanto el actor debe solicitarle a la Fiscalía, de manera previa, que le imprima celeridad a la actuación, o que la archive, si lo considera procedente; (ii) de todas formas, de los documentos allegados al expediente no es claro cuál es la vulneración ius fundamental que alega el accionante y (iii) no se vislumbra que en el presente caso se esté en presencia del fenómeno del perjuicio irremediable, que funge como una excepción al principio de subsidiariedad.
5. Inconforme con la decisión anterior, el apoderado de ENRIQUE FUENTES SÁNCHEZ

impugnó la sentencia del 19 de marzo de 2021, y solicitó su revocatoria, con fundamento en los siguientes argumentos: (i) que no es cierto que la parte actora nunca le hubiera solicitado a la Fiscalía celeridad en la investigación o el archivo de las diligencias; (ii) que, ante la falta de respuesta de la autoridad accionada, se debió haber aplicado la presunción de veracidad, que establece el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 y (iii) que, desde el escrito de tutela mismo, está demostrada la configuración del fenómeno de la mora judicial injustificada.

6. La impugnación le fue concedida mediante auto del 8 de abril de 2021.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Conforme con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para desatar la alzada, por cuanto la decisión sobre la que recae fue proferida por un Tribunal Superior de Distrito Judicial.
2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando, por acción u omisión, le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, si existe, cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
3. Vistos los antecedentes que obran al interior de este expediente, considera la Sala que debe entrar a determinar si es procedente la acción de tutela formulada por ENRIQUE FUENTES SÁNCHEZ en contra de la Fiscalía 39 Seccional de Santa Marta, en atención a que la indagación a la que se hace referencia en la acción de tutela lleva casi tres años activa y aún no se ha tomado ninguna determinación de fondo.
4. Lo primero que se debe indicar es que, a pesar de que en el trámite ante la primera

instancia, en efecto, no estaba demostrado que el accionante hubiera realizado las respectivas solicitudes previas ante la Fiscalía 39 Seccional de Santa Marta -lo que implicaba que, precisamente, no estaba demostrado el cumplimiento del principio de subsidiariedad-, lo cierto es que la subsanación del yerro advertido por el a quo tampoco implica que las pretensiones del accionante deban concederse así, sin más.

Al respecto, vale la pena señalar que, si bien la parte actora aportó, con el escrito de impugnación, un oficio de la Fiscalía 39 Seccional de Santa Marta que da cuenta de una serie de solicitudes realizadas con el propósito de darle celeridad a la indagación, o de solicitar su archivo; la verdad es que esta Sala puede advertir, de la respuesta obtenida, los siguientes puntos:

ii. Es cierto, como lo afirma la Fiscalía 39 Seccional en su respuesta al abogado de ENRIQUE FUENTES SÁNCHEZ, que en el sistema penal acusatorio la Fiscalía no está en la obligación de recopilar elementos materiales probatorios que sean favorables a la defensa del indiciado, pues, bajo este esquema procedimental, la función esencial del acusador es subvertir la presunción de inocencia que pesa sobre la persona que es investigada¹. Por esa razón, dicha autoridad no está obligada a recibir los documentos que le remite la defensa, ni a archivar la investigación con fundamento en ellos.

iii. Por último, es claro que la Fiscalía debe adelantar la indagación con total autonomía, siempre en la mira de alcanzar su objetivo misional sin afectar los derechos y garantías fundamentales de las partes involucradas, llámense defensa o víctimas. Por lo anterior, no le corresponde al actor, ni a esta Sala, indicarle a dicha autoridad cómo debe llevar su indagación o cómo debe decidir o proceder al interior de la misma. Ello en razón a que tal cosa podría degenerar en la vulneración de las garantías constitucionales de alguna de las partes, y afectaría los principios constitucionales de independencia y autonomía que se predicen sobre la actividad judicial.

5. Por otro lado, de cara a la presunta vulneración de los derechos fundamentales de ENRIQUE FUENTES SÁNCHEZ por el hecho de que la indagación que se lleva en la Fiscalía 39 Seccional es lo que, presuntamente, le ha impedido ver a su hija por un lapso superior a dos años, debe esta Corte decir lo siguiente:

i. El hecho de que en la Fiscalía 39 Seccional de Santa Marta se esté llevando una indagación en contra del accionante por la comisión de un presunto delito sexual, no implica que a él se le desconozca su presunción de inocencia, o que se le dificulte o impida acudir ante los jueces de familia para hacer valer sus derechos como padre de la menor E.F.P.

ii. En todo caso, si él considera que las denuncias realizadas por la madre de su hija son falsas y lo están perjudicando, vale la pena recordarle que la falsa denuncia contra persona determinada es un delito previsto en el artículo 436 del Código Penal. Empero, a pesar de lo anterior, no se observa que en las presentes diligencias se hubiera alegado o se hubiera aportado prueba alguna que indique que ENRIQUE FUENTES SÁNCHEZ haya denunciado a Aída Luz Parra Cabezas por la comisión de este específico punible.

iii. Finalmente, es conveniente reiterar que, de todas formas, la tutela no es el medio idóneo para solicitar el archivo de una indagación de naturaleza penal, en la medida en que ello obedece a una decisión que debe adoptarse de conformidad con los elementos materiales probatorios que obren en la respectiva carpeta. Empero, la existencia de tal indagación, por más activa que se encuentre, no implica que ENRIQUE FUENTES SÁNCHEZ no pueda acercarse a ver su hija, máxime cuando dichos encuentros usualmente han estado monitoreados por el I.C.B.F.

En suma, en el presente caso no se advierte la presencia de vulneración alguna de los derechos fundamentales de ENRIQUE FUENTES SÁNCHEZ pues, como ya fue señalado, la existencia de una indagación criminal en contra del accionante no es óbice para que él pueda hacer valer sus derechos ante la jurisdicción o para que él pueda reencontrarse con

su menor hija. Por lo demás, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para intervenir en el marco de dicha investigación, toda vez que el Juez de Tutela no puede desconocer los principios de autonomía e independencia que amparan el actuar de la Fiscalía General de la Nación como órgano encargado de la persecución penal.

6. Empero, lo anterior no implica que en el presente caso no se advierta la afectación de los derechos fundamentales de ninguno de los sujetos involucrados. Por el contrario, esta Sala encuentra que el hecho de la madre de la menor de iniciales E.F.P. no le permita a su hija interactuar con su padre, es vulneratorio del derecho fundamental de la niña a tener una familia y a no ser separada de ella, conforme lo establece el artículo 44 de la Constitución². Igualmente, es importante tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 96 de la Ley 1098 de 2006, corresponde a los defensores y comisarios de familia procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, reconocidos en los tratados internacionales, en la [Constitución Política](#) y en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Ahora bien, de acuerdo el artículo 53 de la norma precitada, en el marco de un proceso de restablecimiento de derechos, la autoridad competente puede adoptar una o varias de las siguientes medidas: (a) amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico; (b) retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado; (c) ubicación inmediata en medio familiar; (d) ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso; (e) la adopción; (f) las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes y (g) acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

En el presente procedimiento constitucional no quedó demostrado que la Defensoría de

Familia del Centro Zonal de Santa Marta hubiera adoptado alguna de las medidas anteriormente referenciadas, a pesar de la evidencia de que a la menor en cuestión se le están afectando sus derechos fundamentales. Por lo anterior, esta Sala revocará el proveído impugnado y, en consecuencia, tutelaré el derecho fundamental de la menor E.F.P. a tener una familia y a no ser separada de ella. Igualmente, se le ordenará a la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Santa Marta que, en el marco de sus competencias, y si aún no lo hubiere hecho, inicie un procedimiento administrativo para restablecer la vigencia de los derechos que le asisten a la menor en cuestión y que, si es procedente, adopte alguna de las medidas de restablecimiento de derechos que están previstas en la Ley.

En mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS No. 2 DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. REVOCAR la sentencia del 19 de marzo de 2021, emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta (Magdalena), por medio de la cual se negó la acción de tutela interpuesta por ENRIQUE FUENTES SÁNCHEZ en contra de la Fiscalía 39 Seccional de esa ciudad.
2. En consecuencia, TUTELAR el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separada de ella de la menor E.F.P., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.
3. Por lo anterior, se le ORDENA a la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Santa Marta que, si aún no lo hubiere hecho, dentro de la cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, inicie un procedimiento administrativo dirigido al restablecimiento de los derechos de la menor E.F.P.; procedimiento al interior del cual deberá adoptar, si lo estima procedente, alguna o algunas de las medidas indicadas en el

artículo 53 de la Ley 1098 de 2006.

4. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

5. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO QUINTERO BERNATE

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Al respecto, se puede consultar la sentencia C-1194 de 2005: “Por ello, al haberse transformado su objeto institucional y al habersele dado a la Fiscalía la función de actuar eminentemente como ente de acusación, se entiende que el organismo público no esté obligado a recaudar evidencias que pudieran liberar de responsabilidad penal al imputado. La investigación adelantada por la Fiscalía se enfoca primordialmente a desmontar la presunción de inocencia que ampara al individuo objeto de investigación, lo que no significa que, de hallarse evidencia que resulte favorable a los intereses del mismo, ésta deba ser puesta a disposición de la defensa.” (negritas fuera del texto original).

2 Lo anterior, máxime cuando el mismo I.C.B.F. no ha podido establecer que la menor haya sido víctima de violencia sexual por parte del accionante, ni se ha podido

subvertir la presunción de inocencia que pesa sobre este, de cara a los delitos frente a los cuales fue denunciado.