El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Providencia**: Sentencia de segunda instancia – 02 de noviembre de 2017

**Proceso:** Acción de Tutela – Revoca y declara hecho superado

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-001-2017-00410-01

**Accionante:** Daniel Restrepo Cano Sara Juliana Rivera Montoya

**Accionados:** Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF

ESE Hospital Universitario San Jorge

 Defensora de Familia de Pereira

 Trabajadora Social Ginecobstetricia de la E.S.E. y Procuraduría Judicial 21 de Familia

 **Tema a Tratar: DEBIDO PROCESO – DERECHO A NO SER SEPARADO DE LA FAMILIA / CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO.** [L]a Sala avizora que lo pretendido por los accionantes se satisfizo en su integridad, por cuanto requerían la entrega de la menor, si bien la misma no lo fue a su madre, esto no lleva consigo vulneración alguna, máxime que tanto la ESE Hospital Universitario San Jorge, como el ICBF, han actuado en pro de los derechos de la menor, al advertir las irregularidades realizadas por la joven Sara Juliana Rivera Montoya, lo que dio lugar al proceso de restablecimientos de derechos de la menor, que ha surtido las etapas que contempla la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia y que está en término.

Pereira, Risaralda, dos (02) de Noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Acta número \_\_\_\_ de 02-11-2017

Decide la Sala la impugnación de la sentencia proferida dentro de la acción de tutela instaurada por los señores Daniel Restrepo Cano, identificado con cédula de ciudadanía No.1.033.653.550 y Sara Juliana Rivera Montoya, identificada con cédula de ciudadanía No.1.007.633.038, quienes actúan a nombre propio y en representación de su hija; en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF, Defensora de Familia, ESE Hospital Universitario San Jorge, Trabajadora Social de Ginecobstetricia de la E.S.E. y la Procuraduría Judicial 21 de Familia.

**ANTECEDENTES**

**1. Derechos fundamentales invocados, pretensión y hechos relevantes en los que se funda**

Quien promueve el amparo, pretende la protección de los derechos a la salud, la tranquilidad, la protección especial de la madre lactante, debido proceso y la dignidad humana; adicional a ello, los derechos fundamentales de la hija a pertenecer a una familia y no ser separada de ella, a tener un nombre y a la lactancia; para la cual solicitan ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, o a quien corresponda, la entrega inmediata de la menor.

Narran los accionantes que (i) Sara Juliana se trasladó a la ciudad de Pereira, al temer por su vida al ser amenazada al presenciar un homicidio en el departamento de Antioquia, razón por la cual un vecino le ofreció una contraseña falsa, que usó en esta ciudad.

(ii) A los días de su llegada a esta ciudad, se enteró que estaba en embarazo, sin que pudiera abrir su historia clínica con la tarjeta de identidad, por lo que usó la contraseña falsa.

(iii) Luego, el 05 de agosto la accionante se dirigió con su madre para el reclamo de la ecografía y el médico les informó que debían inducirle el parto al contar con más de las semanas. Efectivamente ello se hizo, pero el médico Juan David Restrepo Mejía, les dijo que cuando naciera la bebé sería entregada al ICBF, por haberse alterado la ecografía; lo que esta niega, ante la trabajadora social, un profesional en salud y el médico Noreña y afirma que solo fue atendida por urgencia en la E.S.E. Salud Pereira. Su hija nació el 09 de agosto e inmediatamente fue retirada de su lado, sin permitirle alimentarla y días después fue entregada al ICBF.

(iv) Afirma, que la atención de la defensora de familia ha sido pésima, pues al solicitarle realizar el registro de la bebé, de una manera déspota le manifestó que ya lo habían tramitado en la Notaría Primera de esta ciudad, pero allí no se pudo hacer, al requerir certificación del padre.

Además, porque a pesar de querer explicarle por lo que había tenido que pasar, le respondió que sólo le interesaba lo concerniente a la adulteración de la ecografía; sin tener en cuenta que ello se debió a un error, debido a que en la historia clínica, no de ella, sino de la persona que tenía el documento, también estaba embarazada con unas semanas menos; lo que se puede corroborar con la historia clínica, luego de ello, la defensora decidió realizar la visita sociofamiliar para decidir si entregaba la bebé; se levantó el acta de valoración de psiquiatría, se les informó que si cumplía con los compromisos, la próxima semana estarían realizando la visita.

(v) No justifican el desubicar a la menor, por el capricho del ICBF, violando el debido proceso, al desconocer el principio de la buena fe, por la situación de desplazamiento.

**2. Pronunciamiento de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF**

Expuso que el proceso administrativo de restablecimiento de derechos y las medidas impuestas por los defensores de familia, buscan restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, previa verificación del estado de cumplimiento de derechos.

Para el caso concreto, el equipo interdisciplinario de la defensoría de familia observó que se le vulneraron derechos a la menor por parte de su progenitora y frente a esto, consideran que los derechos incoados por la parte accionante, como vulnerados, no son procedentes, porque las actuaciones realizadas por parte de la defensoría de familia han sido notificadas e informadas a los progenitores y a la familia extensa. Se dio apertura al trámite administrativo el 10-08-2017, de acuerdo a lo que preceptúa el artículo 100 de la Ley 1098 del 2006, el que aún continúa.

**3. Pronunciamiento de E.S.E Hospital Universitario San Jorge y Trabajadora Social de Ginecobstetricia**

Manifiestan que el actuar del personal médico y administrativo de la E.S.E fue prevalente al principio de interés superior del niño, por tal motivo proceden hacer la denuncia de acuerdo a la naturaleza de la infracción cometida.

**4. Pronunciamiento del Procurador 21 Judicial II para la Defensa de los Derecho de la Infancia, la Adolescencia y Familia de Pereira.**

Solicita que se conceda el amparo constitucional, para el reintegro de la menor a su núcleo familiar, concretamente a cargo del progenitor, del abuelo paterno y de la compañera del abuelo paterno, quienes son aptos de acuerdo con las respectivas valoraciones, para garantizar los derechos de la niña, mientras la madre se someta a los tratamientos solicitados por su médico psiquiatra. Resalta que el ICBF por medio de la Defensoría de Familia y el equipo Interdisciplinario debe seguir prestando el debido acompañamiento y seguimiento a la familia para los cuidados de la menor.

**5. Sentencia impugnada**

La Jueza niega la acción de tutela al estar amparados por los lineamiento legales y jurisprudenciales las actuaciones surtidas por las entidades y funcionarios accionados; toda vez que la E.S.E. Hospital Universitario Hospital San Jorge debía denunciar las conductas que van en contra de los derechos de la menor; lo que dio paso al proceso de restablecimientos de derecho a la menor ante las numerosas anomalías que se dieron alrededor de su nacimiento, que no fueron desvirtuados por los accionantes y que llevó a que fuera entregada al ICBF.

**6. Impugnación**

El procurador 21 Judicial II para la Defensa de los Derecho de la Infancia, la Adolescencia y Familia de Pereira, impugnó el fallo y expuso que: (i) la jueza de primera instancia confundió dos periodos diferentes; el primero, que la actora no cuenta con ningún recurso frente al proceso de restablecimiento de derechos; diferente ocurre, cuando después de pasado los 4 meses o 6 meses del proceso, si hay prórroga, se decide de fondo, frente a la cual sí proceden recursos.

(ii) La jueza guarda un absoluto silencio referente al progenitor, que es accionante dentro de la tutela, quien cuenta con el núcleo familiar, donde son aptos para hacerse cargo de la niña; (iii) asimismo que no es válido considerar que este asunto se debe decidir en sede administrativa y allí interponer el control judicial, ya que se cuenta con pruebas idóneas que acreditan que la menor tiene familiares que le garantizan su bienestar integral.

Por su parte los accionantes también impugnan el fallo, al vulnerárseles el derecho a tener una familia, máxime que han cumplido con los requisitos exigidos por parte de la defensora de familia del ICBF para efectuarse el reintegro de la menor. Añaden, que se ha dejado en un segundo plano lo que necesita la recién nacida que es cuidado, alimento y amor, que en el hogar sustituto no se lo brindan, además que amantarla una vez por semana, por dos horas, no es suficiente.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción, al ser superior funcional del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, quien profirió la decisión.

**2. Problemas jurídicos**

En atención a lo expuesto, la Sala se formula el siguiente interrogante:

(i) ¿A los accionados se les vulneraron los derechos al debido proceso, a la salud, la dignidad humana, protección de la madre lactante y a la menor a pertenecer a un núcleo familiar y tener un nombre?

Previo a abordar el cuestionamiento planteado le compete a la Sala verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

**3. Requisitos de procedencia de la tutela**

Se tiene como requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991: (i) la presunta vulneración de un derecho fundamental por acción u omisión de una autoridad pública y en algunos casos por particulares, (ii) legitimación por activa y por pasiva de los accionados, (iii) la inmediatez y (iv) subsidiariedad[[1]](#footnote-1).

**3.1. Legitimación**

Están legitimados por activa los señores Daniel Retrepo Cano y Sara Juliana Montoya por ser los padres de la menor de la que solicitan la entrega, frente a quienes se les adelanta el trámite administrativo en el ICBF; titulares por ende de los derechos que afirman se les conculcaron. Por esa misma condición pueden obrar a nombre de la menor.

Así mismo, lo están por pasiva Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Defensora de Familia, E.S.E Hospital Universitario San Jorge, Trabajadora Social Ginecobstetricia y la Procuraduría Judicial 21 de Familia, pues a ellos se les endilga la presunta conducta violatoria del derecho al debido proceso, de la que se duelen los accionantes.

**3.2 Derecho fundamental**

No cabe duda que son fundamentales los derechos expuestos en la acción de tutela, entre ellos el debido proceso, a tener una familia y no ser separada de ella.

**3.3. Inmediatez y subsidiariedad**

Se satisfacen, el primero, por cuanto el procedimiento administrativo que cursa en el ICBF inició el 10-08-2017, por lo que solo han transcurrido hasta la presentación de esta acción (05-10-2017), casi dos (2) meses, lapso razonable. El segundo, al no existir, en curso del trámite administrativo, otro medio para lograr la entrega del menor.

**4. Fundamentos jurídicos de la decisión**

**4.1. Derecho al Debido Proceso**

Jurisprudencialmente[[2]](#footnote-2) se lo ha definido “*como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”*.

En ese sentido, supone que todas las autoridades judiciales y administrativas, dentro del ámbito de sus competencias, deben ejercer sus funciones con sujeción a los procedimientos previamente definidos en la ley, respetando las formas propias de cada juicio, a fin de que los derechos e intereses de los ciudadanos incursos en una relación jurídica cuenten con la garantía de defensa necesaria ante posibles actuaciones arbitrarias o abusivas, en el marco de la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una sanción.

Aunado a ello puntualmente señaló que *“se extiende no solo a los juicios y procedimientos judiciales, sino también a todas las actuaciones administrativas, como una de sus manifestaciones esenciales. Lo anterior significa, que el debido proceso se enmarca también dentro del contexto de garantizar la correcta producción de los actos administrativos (…).*

**4.2. Carencia actual de objeto por hecho superado**

Al respecto la Corte Constitucional[[3]](#footnote-3) ha dicho que la carencia actual de objeto sobreviene cuando frente a la petición de amparo, la orden del juez de tutela no tendría efecto alguno o “*caería en el vacío*” y se puede dar en los casos en que tiene lugar un daño consumado o un hecho superado.

Frente al hecho superado expresó en la misma línea que *“tiene ocurrencia cuando lo pretendido a través de la acción de tutela se satisface y desaparece la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados por el demandante, de suerte que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua y, por lo tanto, contraria al objetivo de protección previsto para el amparo constitucional**”[[4]](#footnote-4)*

Sobre este tópico, el máximo Órgano de cierre en materia constitucional, trajo a colación la sentencia T-299-2008 donde dispuso los criterios para determinar si en un caso concreto se está o no en presencia de un hecho superado, a saber: *“1. Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa. 2. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado. 3. Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado.”*

**5. Caso concreto**

Se tiene probado en éste tramite que mediante auto de 10-08-2017 el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de la defensora de familia inició el proceso administrativo de restablecimientos de derechos de la menor, quien nació el 09-08-2017 (fls.86-87), fue retirada del lado de sus progenitores, y días después entregada al ICBF, al alterar la madre de la menor su identificación, los datos de la ecografía, lo que le generó la inducción del parto, y por lo tanto que la bebé se llevara a la UCI neonatal, con dificultad respiratoria, según el reporte que hizo la ESE Hospital Universitario San Jorge al ICBF (fl.77).

El referido proceso administrativo, en el momento del trámite de la presente acción en primera instancia, se encontraba aperturado, notificado y pendiente de la visita sociofamiliar, para que una vez obtenida, se fijara fecha para la audiencia de práctica de pruebas y fallo, que definiría la situación jurídica de la menor.

Razón por la cual en esta instancia se procedió a requerir a la defensora de familia para que informara si ya contaba con el mencionado informe y si se había fijado fecha para la audiencia de práctica de pruebas y fallo.

Al respecto la defensora de familia informó que en audiencia del 09-10-2017 la situación jurídica de la menor fue definida, donde se ordenó cambio de medida de la niña por el de ubicación con familia de origen y se asignó su custodia y cuidado personal de la niña con carácter provisional a los señores Daniel Restrepo Cano (padre), Álvaro de Jesús Restrepo (abuelo) y Nelsin Johana Restrepo Holguín (abuelastra). Asimismo que el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la menor, se encuentra en etapa de seguimiento a reintegro, por el término de 6 meses contados a partir del 09-10-2017.

Finalmente allegó copia del informe de visita sociofamiliar con fecha 13-09-2017; diligencia de cambio de medida de la menor del 09-10-2017 y la boleta de egreso de la misma fecha (fls.6 a 17 c.2).

Con lo allegado por la Defensora de Familia, la Sala avizora que lo pretendido por los accionantes se satisfizo en su integridad, por cuanto requerían la entrega de la menor, si bien la misma no lo fue a su madre, esto no lleva consigo vulneración alguna, máxime que tanto la ESE Hospital Universitario San Jorge, como el ICBF, han actuado en pro de los derechos de la menor, al advertir las irregularidades realizadas por la joven Sara Juliana Rivera Montoya, lo que dio lugar al proceso de restablecimientos de derechos de la menor, que ha surtido las etapas que contempla la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia y que está en término.

**CONCLUSIÓN**

Por consiguiente, esta Sala considera que hay lugar a declarar hecho superado por carencia actual de objeto, en los términos mencionados, teniendo en cuenta que cualquier orden adicional resultaría inane, tal cual como lo ha dicho la Honorable Corte Constitucional. En consecuencia, se revocará el fallo de instancia y, en su lugar, se declarará la carencia de objeto.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda - Sala Cuarta de Decisión**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de 21-09-2017 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira dentro de la presente tutela presentada por los señores Daniel Restrepo Cano, identificado con cédula de ciudadanía No.1.033.653.550 y Sara Juliana Rivera Montoya, identificada con cédula de ciudadanía No.1.007.633.038, quienes actúan a nombre propio y en representación de su hija; en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF, Defensora de Familia, ESE Hospital Universitario San Jorge, Trabajadora Social de Ginecobstetricia de la E.S.E. y la Procuraduría Judicial 21 de Familia, para en su lugar **DECLARAR** superadoel hecho por carencia actual de objeto.

**SEGUNDO: COMUNICAR** esta decisión a las partes e intervinientes en el término de Ley y al juzgado de origen.

**TERCERO: REMITIR** el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Magistrada Ponente**

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN Magistrado Magistrada**

1. Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 12-04-2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-957 de 2011. M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T-330 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ibídem. [↑](#footnote-ref-4)