

Sentencia T-633/17

DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE TERCERO CON INTERES LEGITIMO EN TUTELA-Caso en que se niega al accionante el derecho a intervenir como tercero con interés legítimo, en calidad de representante sustituto para la atención médica de testigo de Jehová

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA DE TUTELA-Improcedencia general

La improcedencia de la tutela contra sentencia de tutela evita que el problema se dilate de manera indefinida, se garantiza la seguridad jurídica y que las personas puedan disfrutar de sus derechos fundamentales.

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA DE TUTELA-Procedencia excepcional cuando concurren determinados elementos que requieren la actuación inmediata del juez constitucional para revertir o detener situaciones fraudulentas y graves

LIBERTAD DE CULTOS FRENTE AL DERECHO A LA SALUD-Jurisprudencia constitucional/LIBERTAD DE CULTOS FRENTE AL DERECHO A LA SALUD-Tensión

La posición más reciente sigue en la construcción de la línea jurisprudencial sobre el deber de los profesionales de la medicina de proteger el derecho a la libertad de culto en los eventos donde exista consentimiento libre y voluntario, otorgado por persona capaz. Así mismo, las entidades de Salud deben acudir al paciente que, con fundamento en sus creencias, rechazan algunos tratamientos. En ese orden, deben procurar la asignación de procedimientos alternativos que permitan su recuperación sin violentar sus convicciones religiosas.

DEBIDO PROCESO-Aplicación a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas

PUBLICIDAD Y NOTIFICACIONES-Garantías del debido proceso administrativo

PARTES Y TERCEROS-Concepto

DERECHO DE IMPUGNACION-Finalidad

La impugnación se constituye en un derecho fundamental constitucional y, por tanto, de obligatorio cumplimiento por el funcionario judicial, puesto que así garantiza el debido proceso y el principio de la doble instancia.

DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO-Vulneración por cuanto Juzgado no vinculó a la acción de amparo a tercero con interés, lo cual determinó la negativa a la impugnación, que es una forma de concretarse el derecho de defensa y la garantía de la doble instancia

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Configuración/CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Configuración

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Fallecimiento de la persona en nombre de quien se interpuso la tutela

Como el representado del accionante falleció, estando en trámite la presente acción de tutela, la Sala consideró que se consolidó la carencia actual de objeto por daño consumado y, en esas condiciones, se abstuvo de dar las respectivas órdenes, puesto que las que se dieran resultarían inocuas.

Referencia: Expediente T-6.164.917.

Acción de tutela instaurada por el señor Iván Jesús Gómez Vicente, contra el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Santa Marta (Magdalena).

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela emitidos en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta y en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el 30 de agosto en la oficina de reparto de la Rama Judicial de Santa Marta, el señor Iván Jesús Gómez Vicente, por intermedio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de la misma ciudad, por considerar vulnerado el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Para sustentar la acción relató los siguientes:

1. Hechos

1.1. Aseveró que el señor Juan Alberto Orozco Velásquez¹, quien profesa la fe “Testigos de Jehová”, lo designó como su representante “sustituto” para la atención médica, a través de una “declaración anticipada de voluntad”, en la cual afirmó que “no aceptaba transfusiones de sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma y que además facultaba al ciudadano Iván Jesús Gómez Vicente, también testigo de Jehová, para que en su nombre aceptara o rechazara tratamientos incluidas la alimentación y la hidratación artificiales, consultar a sus médicos, recibir copias de su historial médico y emprender acción judicial a fin de que se respeten sus deseos”.

1.2. Indicó que en el mes de agosto de 2016 el señor Orozco Velásquez tuvo un accidente de tránsito que lo mantiene “en estado de incapacidad sensorial” en la clínica Bahía de la ciudad de Santa Marta.

1.3. Informó que la señora Nelda Patricia Velásquez Torres –madre del lesionado- interpuso acción de tutela contra la citada entidad hospitalaria, la que correspondió al Juzgado Quinto

Penal Municipal con funciones de Control Garantías de Santa Marta, el cual concedió el amparo y ordenó realizar todos los tratamientos necesarios. Señaló que el despacho judicial se rehusó a vincularlo como “legítimo interviniente en pro de los derechos fundamentales del paciente Juan Alberto Orozco Velásquez” y rechazó la impugnación presentada contra el fallo, cuando tiene la calidad de “representante sustituto para la atención médica”.

1.4. Afirmó que la actuación del Juzgado constituye una afrenta al debido proceso (art. 29 C. Pol.), no sólo porque vulnera los principios fundamentales y los fines del Estado, consagrados en los artículos 1º y 2º de la Constitución, particularmente la dignidad humana y las creencias de la persona, sino porque desacata el “control de convencionalidad que ex officio” corresponde hacer a los jueces y órganos vinculados a la Rama Judicial”.

1.5. Con fundamento en lo expuesto, solicitó el amparo del derecho fundamental al debido proceso y, en consecuencia, que se declare la nulidad de la acción de tutela tramitada por el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Santa Marta a partir del auto que admitió la demanda y se le vincule como tercero con interés legítimo. Ello, al considerar que se violaron los artículos 29 de la Constitución Política y 1, 2, 8.1, 12, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque se le negó el derecho a intervenir como tercero a fin de defender los derechos de Orozco Velásquez y no permitirle impugnar el fallo de primera instancia.

Cuestiones previas.

Antes de continuar con la relación del trámite de la acción de tutela, la Sala considera pertinente realizar un breve recuento de lo ocurrido con anterioridad a la interposición del amparo que es objeto de decisión y particularmente en lo relacionado con las acciones de tutela interpuestas por las señoras (i) Nelda Patricia Velásquez Torres y (ii) Katherin Tatiana Bossa Páez.

Con ocasión a un accidente de tránsito, el 17 de agosto de 2016 fue trasladado a la clínica Bahía el señor Juan Alberto Orozco Velásquez, siendo diagnosticado con “TCE Severo, politraumatismo severo, contusión pulmonar bilaterla (sic), fracturas en clavícula derecha, en maxilar inferior, fractura expuesta diafisaria en húmero derecho, en cúbito derecho, en tibia y peroné izquierdo” (fl. 53 c. 1ª instancia).

Como el paciente requería “cirugía urgente”, el cuerpo médico solicitó el consentimiento a sus familiares. La compañera permanente del lesionado, señora Katherin Tatiana Bossa Páez, allegó una “carta” donde el paciente “manifiesta la negación de recibir transfusiones (Directriz Anticipada para la atención médica), pues la religión que profesa es la de la congregación de los Testigos de Jehová”. Esa situación generó barreras para los galenos, puesto que era necesaria la trasfusión de sangre.

El 20 de agosto de 2016 realizaron una reunión con los padres y la compañera permanente del lesionado, en la cual el médico internista les explicó el estado crítico de éste, quien estaba “sobreviviendo al ventilador, con una hemoglobina en 5.1. gr, un estado franco de retroceso, por lo que se puede presentar una lesión neurológica secundaria”; no obstante, la pareja y el padre de Juan Alberto solicitaron que se respetara la voluntad de él “de no recibir transfusiones de sangre”.

Posteriormente y previa solicitud de la madre del lesionado, ese mismo día, se formalizó otra reunión con la familia, el cuerpo médico, un delegado de la Congregación Testigos de Jehová, de la Defensoría del Pueblo y de Derechos Humanos, así como con el representante del paciente, señor Iván Jesús Gómez Vicente. En esta, de nuevo, la compañera permanente y el señor Gómez Vicente se opusieron a la transfusión. Por su parte, los encargados de la clínica dejaron constancia de no haber suministrado sangre al paciente, respetando la decisión que tomó cuando se hallaba consciente.

(i) Acción de tutela interpuesta por Nelda Patricia Velásquez Torres contra la Clínica Bahía (radicado No. 2016-0118-00).

A finales de agosto de 2016, la señora Nelda Patricia Velásquez Torres, en calidad de progenitora de Juan Alberto Orozco Velásquez, interpuso acción de tutela contra la Clínica Bahía al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la seguridad social y a la vida de su hijo. Lo anterior, porque los médicos y directivos del centro asistencial fueron “inducidos a suscribir un acta, en donde se abstienen a administrar cualquier procedimiento que vaya en contra de los preceptos religiosos de la congregación Testigos de Jehová, y fue su representante quien decidió que su hijo no debía recibir ningún tipo de procedimiento médico”.

En efecto, señaló la accionante que su hijo Juan Alberto sufrió un accidente de tránsito que le

ha producido pérdida de sangre “producto de la hemorragia interna” y, también ha disminuido de manera considerable sus niveles de hemoglobina, por lo cual solicitó se ordenara a la clínica realizar los tratamientos requeridos.

A través de auto del 29 de agosto de 2016, el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Santa Marta², admitió la acción de tutela y, como medida provisional, ordenó a la Clínica Bahía “suministrar todos y cada uno de los procedimientos” que requiera el paciente para garantizar la salud y la vida. En sentencia del 2 de septiembre de 2016 se mantuvo la decisión, puesto que amparó los derechos a la salud y la vida y se ordenó a la entidad hospitalaria que continuara “suministrando los tratamientos y medicamentos que indique el médico tratante a fin de salvaguardar la vida, salud e integridad física del joven Juan Alberto Orozco Velásquez, hasta que éste ingrese en estado de consciencia y pueda manifestar a viva voz que o (sic) acepta un tratamiento determinado” (fl. 86 c. 1ª instancia).

En efecto, consideró el funcionario judicial que si bien debe respetarse la libertad de cultos, ante una situación como la que es objeto de debate, donde el paciente se encuentra en imposibilidad de señalar de manera voluntaria y consciente la aceptación o no de los procedimientos, prima el derecho a la vida. Así se refirió:

“se hace evidente para este despacho la prevalencia del derecho fundamental a la Vida, y con ello, ante la imposibilidad del paciente de indicar de manera consiente (sic) la no aceptación del procedimiento médico requerido para salvar su vida e incluso su miembro inferior izquierdo, deben efectuarse procedimientos médicos que en principio parecerían contrarios del derecho a la escogencia de la fe que presuntamente profesa el joven Juan Alberto Orozco Velásquez, pero que dada su condición y estado de inconsciencia no es posible determinar si la persona desea o no el tratamiento, por lo que el legislador en su sabiduría y la Corte Constitucional en su entender, es primordial el preservar la vida de la persona” (fl. 85 c. 1ª instancia).

La citada sentencia fue objeto de impugnación por el señor Iván Jesús Gómez Vicente, pero se le negó al considerar que no tenía legitimación. En ese orden, el fallo no tuvo segunda instancia y hasta la fecha el expediente tampoco ha llegado a la Corporación para su

eventual revisión³.

(ii) Acción de tutela interpuesta por la señora Katherin Tatiana Bossa Páez contra la Clínica Bahía (radicado No.2016-00072-00).

A través de escrito presentado el 31 de agosto de 2016⁴ en la Oficina Judicial de Santa Marta, la señora Katherine Tatiana Bossa Páez interpuso acción de tutela contra la Clínica Bahía de esa ciudad. Consideró la accionante que la accionada conculcó los derechos fundamentales de su compañero permanente, puesto que de manera errada interpretó que se requería transfusión y le suministró tres unidades de sangre, cuando la orden emitida por el Juzgado Quinto Penal Municipal con función de Control de Garantías no disponía la “transfusión de sangre, sino más bien proceder a suministrar procedimientos médicos tendientes a preservar la salud del paciente”⁵.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta, a través de auto del 8 de septiembre de 2016 decretó la medida provisional solicitada, en torno a que no se continuara con la transfusión de sangre; no obstante, en sentencia del 15 de septiembre del mismo año la levantó y negó la tutela con relación a los derechos fundamentales de la libertad de culto y religión (art. 19 C. Pol.). Por el contrario, amparó la vida digna en conexidad con la salud y seguridad social del paciente, ordenando a la clínica que suministrara “de manera inmediata todo tratamiento integral al paciente, tendiente a preservar su salud y vida”.

Sostuvo el despacho judicial que no se presentó vulneración alguna, en tanto la “carta poder” de atención médica firmada por el titular del derecho, en el numeral 3, literal a) “no rechaza todas las fracciones menores de sangre; en el literal c) manifiesta que es posible que acepte fracciones menores de sangre, bajo tales premisas se concluye que estando en el goce de sus facultades no rechazó totalmente la posibilidad que se le efectuaran las transfusiones, dejando abierta la posibilidad de recibir fracciones menores de sangre, por lo que dentro de su voluntad estaba la posibilidad de recibir atención médica y posibles transfusiones sanguíneas en pro de su vida”⁶.

Además, la clínica ha tratado de garantizar la vida del paciente, en acatamiento de la orden del juez constitucional que protegió el derecho por solicitud de la madre “por excelencia su verdadera Agente Oficioso”⁷.

Impugnada la decisión, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta (radicado núm. 0725-16) en providencia del 31 de octubre de 2016 decretó la nulidad de lo actuado, a partir de la admisión de la demanda, para que se procediera a “trabar debidamente el contradictorio, vinculando a los sujetos mencionados en la parte motiva”, esto es, a los señores Juan Carlos Orozco -padre del lesionado-, Nelda Velásquez -madre- e Iván Jesús Gómez Vicente.

Mediante proveído del 24 de noviembre de 2016, el Juzgado Primero Penal del Circuito nuevamente resolvió la acción de tutela, negándola por carencia actual de objeto, toda vez que el 9 de noviembre de ese año había fallecido el señor Juan Alberto Orozco Velásquez. Decisión confirmada por el Tribunal Superior de Santa Marta en providencia del 3 de febrero de 20178.

Este expediente no fue seleccionado por la Corte Constitucional según auto del 11 de agosto de 20179, no obstante que se presentó solicitud por el apoderado del interesado.

2. Trámite procesal de la acción de tutela objeto de revisión.

2.1. La acción de tutela se interpuso el 30 de septiembre de 2016 ante la Oficina Judicial de la Rama Judicial de Santa Marta y fue asignada el 5 de octubre del mismo año al Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad.

2.2. A través de auto del 5 de octubre de 2016, el citado despacho judicial admitió la acción de tutela, ordenó dar traslado a la autoridad judicial accionada y, además, vinculó a la Clínica Bahía Inversiones Azalud S.A.S y a la señora Nelda Patricia Velásquez Torres, para que ejercieran el derecho de defensa.

3. Respuestas de las accionadas.

3.1. La apoderada de la Clínica Bahía Inversiones Azalud S.A.S. informó que el 17 de agosto de 2016 ingresó a la institución el señor Juan Alberto Orozco Velásquez, con heridas producto de un accidente de tránsito. El tratamiento presentó dificultades porque la familia se opuso a la transfusión de sangre, con fundamento en una “carta poder” que el paciente firmó con anterioridad. Posteriormente, con base en la medida provisional emitida por el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías se reanudaron los

procedimientos, sin embargo, la compañera del paciente interpuso otra acción de tutela, a través de la cual solicitaba respeto por la voluntad de aquel.

Concluyó afirmando que por parte de esa institución no se vulneraron los derechos del paciente ni de su representante Iván Jesús Gómez Vicente.

De otro lado, indicó que el 2 de septiembre de 2016 se emitió fallo amparando los derechos fundamentales. En la misma fecha, se recibió escrito del señor Iván Jesús Gómez Vicente informando que “se quería hacer parte dentro de la acción de tutela”. Solicitud decidida en el fallo de manera negativa, puesto que “no se evidenciaba legitimación en la causa por activa”, ya que “la controversia versaba respecto de Juan Alberto Orozco Velásquez, representado por su madre contra la Clínica Bahía”¹⁰.

No obstante lo anterior, el señor Gómez Vicente impugnó el fallo, pero fue negada “indicando nuevamente la falta de legitimación en la causa por activa”.

Así mismo se informó, que con relación a ese asunto, se interpuso otra acción de tutela ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta pero fue negada en cuanto al derecho a la libertad de culto y religión, puesto que las garantías a la salud y la vida se protegieron.

4. Pruebas.

El accionante no aportó pruebas con el escrito de tutela.

Por parte de la apoderada de la Clínica Bahía se allegaron como elementos de prueba, los siguientes:

4.1. Fotocopia de la sentencia del 2 de septiembre de 2016 proferida por el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de control de Garantías de Santa Marta al interior de la acción de tutela número 2016-0118-00, presentada por la señora Nelda Patricia Velásquez Torres, madre de Juan Alberto Orozco Velásquez.

4.2. Fotocopia del fallo expedido el 15 de septiembre de 2016 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta dentro de la acción de tutela radicada número 2016-00072-00

interpuesta por Katherin Tatiana Bossa Páez como agente oficiosa de Juan Alberto Orozco Velásquez.

4.3. Copia del escrito con fecha 14 de septiembre de 2016, a través del cual la clínica responde un requerimiento dentro de la acción de tutela 2016-00072-00 sobre el estado de salud del paciente.

5. Decisiones de tutela objeto de revisión.

5.1. El 18 de octubre de 2016, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Santa Marta resolvió “No tutelar” el derecho al debido proceso invocado por el señor Iván Jesús Gómez Vicente, al considerar que no se presentó vulneración, ya que el ahora actor “no podía hacer parte dentro de la acción constitucional en litigio, pues se denota que quien interpuso la tutela fue la madre del joven Juan Alberto Orozco contra Clínica Bahía, el señor Gómez Vicente no demostró que tenía interés en las resultas de ese proceso, pues si bien es cierto adujo que era el representante de la Congregación Testigos de Jehová, a la que supuestamente hacía parte el joven accidentado, también es cierto que no demostró con prueba siquiera sumaria que esto fuera verdad”¹¹.

5.2. A través de escrito presentado el 25 de octubre de 2016, el señor Iván Jesús Gómez Vicente, mediante apoderado judicial, impugnó la decisión. Señaló que existió un error por parte del Juez accionado en tanto no se le reconoció como tercero con interés, por lo que solicitó se revocara la providencia que denegó el amparo.

5.3. La Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, en decisión del 15 de noviembre de 2016, revocó el fallo y, en su lugar, reconoció la carencia actual de objeto por hecho superado.

En efecto, señaló el ad quem que si bien dentro de la acción de tutela número 2016-0118-00, tramitada por el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Santa Marta, no se vinculó a Gómez Vicente, sí se evidencia que el Tribunal Superior de Santa Marta, al conocer en segunda instancia del fallo emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito, radicado No. 2016-00072-00, tras anular todo el trámite, ordenó su vinculación, constituyéndose éste en el medio propicio para ventilar las discrepancias. Al respecto se afirmó:

“Así las cosas, es necesario aclarar que tanto la señora Katherin Tatiana Bossa Páez y el señor Iván Jesús Gómez Vicente accionante del presente proceso, están atacando el fallo 2016-0118-00 proferido por el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Santa Marta y en el cual actúa como accionante la señora Nelda Velásquez que procede como agente oficios de su hijo Juan Alberto Orozco Velásquez.// Es por ello que al vincular al hoy accionante al proceso 2016-00072-00 el cual está en conocimiento del Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta, este puede atacar directamente la decisión del Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías”¹².

II. TRÁMITE SURTIDO EN SEDE DE REVISIÓN

1. Selección del expediente.

Respecto de este expediente se presentó insistencia por el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo¹³. Mediante auto del 11 de julio de 2017, la Sala núm. Siete¹⁴ decidió seleccionarlo para revisión.

2. Decreto de pruebas.

2.1. El Magistrado Sustanciador, mediante auto del 20 de septiembre de 2017, con fundamento en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento Interno de la Corte), que faculta a esta Corporación para arrimar elementos de convicción en sede de revisión, decretó las siguientes pruebas:

2.1.1. Se solicitó al Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Santa Marta que remitiera copias de la decisión a través de la cual se denegó la impugnación interpuesta por el señor Iván Jesús Gómez Vicente, emitida al interior de la acción de tutela 47-001-40-88-005-2016-0118-00, presentada por la señora Nelda Patricia Velásquez Torres contra la Clínica Bahía.

2.1.2. Se ofició al Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta para que remitiera copias de la decisión de segunda instancia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de esa ciudad dentro de la acción de amparo 2016-0072-00 el 31 de octubre de 2016 que decretó la nulidad del trámite de tutela y de aquellas providencias que se emitieron posteriormente.

2.1.3. Se solicitó a la Secretaría del Tribunal Superior de Santa Marta que remitiera copia de la providencia del 31 de octubre de 2016, emitida por el Magistrado David Vanegas González, al interior de la acción de tutela número 657-16, cuya accionante es la señora Katherin Tatiana Bossa Páez y accionado el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías.

2.2. En respuesta a las anteriores solicitudes, se allegaron las siguientes pruebas relevantes:

2.2.1. La Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta envió copia de la decisión del 3 de febrero de 2017 a través de la cual resolvió la impugnación impetrada dentro de la acción de tutela tramitada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa ciudad¹⁵.

2.2.2. Se allegaron copias¹⁶ del escrito de tutela interpuesto ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta por la señora Katherin Tatiana Bossa Páez, con el cual se inició el trámite por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta.

2.2.3. Copias de la decisión del 24 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito, a través de la cual resolvió nuevamente la acción de tutela declarando la carencia de objeto por hecho superado¹⁷.

2.2.4. Copia del escrito de apelación interpuesto por el apoderado judicial del señor Iván Jesús Gómez Vicente, contra la anterior decisión¹⁸.

2.2.5. Copia del escrito de intervención como tercero con interés del apoderado judicial del señor Gómez Vicente¹⁹.

2.2.7. Fotocopia de la página del Diario del Magdalena, en la cual se anuncia la muerte de Juan Osorio Velásquez²¹.

2.2.8. Copia de la decisión del 31 de octubre de 2016, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, a través de la cual decretó la nulidad del trámite de tutela adelantado por el Juzgado Primero Penal del Circuito²².

2.2.9. Copias de la providencia del 3 de febrero de 2017 (aunque en la misma se indica que es de 2016), mediante la cual se confirma la decisión del Juzgado Primero Penal del

Circuito²³.

2.2.10. Copias del auto del 19 de septiembre de 2016, a través del cual se niega la impugnación del fallo al señor Iván Jesús Gómez Vicente, remitidas por el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Santa Marta²⁴.

2.2.11. El apoderado del accionante allegó dos declaraciones extrajudicio de los señores Iván Jesús Gómez Vicente y Julián Jiménez Castaño, quienes afirmaron haber sido testigos de la suscripción de la carta poder por parte del señor Juan Alberto Orozco Velásquez.

2.2.12. El representante legal de la Iglesia Cristiana de los Testigos de Jehová y el apoderado del accionante presentaron escritos solicitando se acumulara este expediente al radicado T-6.264.957, porque en su sentir existe “unidad de materia” y tratarse de un asunto novedoso orientado a la defensa del derecho fundamental de libertad de conciencia.

2.2.13. El mandatario del señor Iván Jesús Gómez Vicente, el 5 de octubre de 2017, allegó copias de (i) un escrito dirigido Juzgado Quinto Penal Municipal de Santa Marta; (ii) solicitud a la Defensoría del Pueblo para que actuara como coadyuvante en la acción de tutela; (iii) del acta de la reunión realizada en la clínica Bahía el 20 de agosto de 2016; (iv) del escrito enviado por la Defensoría del Pueblo al Juzgado Quinto Penal Municipal y (v) la decisión del citado despacho judicial que niega la impugnación²⁵.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para analizar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y del problema jurídico

2.1. El accionante, por intermedio de su apoderado judicial, solicitó el amparo constitucional

al considerar vulnerado el derecho fundamental al debido proceso y los artículos 1, 2, 8.1, 12 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por parte de la autoridad judicial accionada en tanto no le permitió “actuar como tercero con interés legítimo” e impugnar el fallo de tutela emitido el 2 de septiembre de 2016 dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Nelda Patricia Velásquez Torres, madre de Juan Alberto Orozco Velásquez (radicado núm. 2016-0118-00) contra la Clínica Bahía. Pretende el actor que se decrete la nulidad de la tutela, a partir del auto admisorio de la misma.

2.2. Consideró el accionante que se violó su derecho al debido proceso y “por reflejo a su mandante Juan Alberto Orozco Velásquez”, porque “de manera fulminante” se le negó la intervención “como tercero” en defensa de los derechos de aquel, “testigo de Jehová, quien por su condición médica actual no ha podido personalmente hacer valer su derecho humano de objetar por razones de conciencia ser transfundido con sangre”.

2.3. El despacho judicial accionado expuso como razón para no admitir a Iván Jesús Gómez Vicente como parte de la acción de tutela “que no se evidenciaba legitimación en la causa por activa (...) pues la controversia versaba respecto del señor Juan Alberto Orozco Velásquez, representado por su madre”. Bajo ese mismo argumento negó la impugnación.

2.4. Por su parte, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con función de conocimiento de Santa Marta negó el amparo al debido proceso, puesto que el señor Iván Jesús Gómez Vicente no probó tener interés en la tutela y si bien dijo ser representante de la Congregación Testigos de Jehová no aportó medio de convicción alguno que así lo demostrara.

2.5. La Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta al conocer la impugnación del fallo, el 15 de noviembre de 2016, aplicó la figura del hecho superado. Lo anterior, porque con la vinculación que se dispuso en la acción de tutela interpuesta por la señora Katherin Tatiana Bossa Páez se cumplió con lo solicitado, en la medida que allí podía exponer sus inquietudes, ya que se trataba del mismo asunto debatido ante el Juzgado 5º Penal Municipal con funciones de Control de Garantías.

2.6. De acuerdo con la situación fáctica planteada y las decisiones de instancia, corresponde

a la Sala de Revisión determinar como problema jurídico, en primer lugar, si la acción de tutela, en el asunto sub júdice, procede contra la actuación del funcionario judicial dentro de otra acción de tutela. Si la Corporación encuentra que el amparo resulta procedente pasará a establecer si existe carencia actual de objeto por hecho superado o daño consumado. De ser lo segundo, entrará a establecer si la autoridad judicial demandada incurrió en violación del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la C. Política por no haber vinculado al ahora accionante a la tutela y negarle la impugnación del fallo.

Para abordar el problema jurídico, la Sala se referirá a (i) la procedencia de la acción de tutela contra tutela; (ii) cumplimiento de los requisitos de procedibilidad en la acción de tutela promovida por el señor Iván Jesús Gómez Vicente; (iii) libertad de cultos frente al derecho a la salud. Jurisprudencia constitucional; (iv) aspectos generales del debido proceso; (v) vulneración del debido proceso en el caso del señor Iván Jesús Gómez Vicente; (vi) la carencia de objeto en materia de acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia; (vii) la carencia actual de objeto en el caso concreto. De acuerdo con este esquema, el asunto será resuelto de manera progresiva.

3. Procedencia de la acción de tutela contra tutela.

3.1. El inciso segundo del artículo 86 de la Carta establece que el fallo emitido por el juez de instancia en sede de tutela será revisado por la Corte Constitucional. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional reiteradamente ha sostenido que la acción de tutela orientada a invalidar otra decisión de tutela es improcedente, puesto que la competencia para revisar las decisiones de los jueces es exclusiva de esta Corporación.

La improcedencia de la tutela contra sentencia de tutela evita que el problema se dilate de manera indefinida, se garantiza la seguridad jurídica y que las personas puedan disfrutar de sus derechos fundamentales. Esta tesis ha sido reiterada en diversas ocasiones²⁶ *verbi gratia* en sentencia T-208 de 2013 estableció: “es claro que esta corporación no admite ni considera procesalmente viables las tutelas contra sentencias de tutela que han hecho tránsito a cosa juzgada constitucional, ya que las posibles equivocaciones o arbitrariedades de los jueces que las fallen se deben plantear a través del mecanismo de revisión que corresponde únicamente a la Corte Constitucional, en aras de garantizar principios como la seguridad jurídica y el efectivo acceso a la administración de justicia”²⁷.

En efecto, en sentencia SU-1219 de 2001 a través de la cual se unificó la jurisprudencia sobre este tema, la Corte estableció, en principio, la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias de la misma naturaleza, puesto que de aceptarse se perdería su efectividad como mecanismo de acceso a la justicia para amparar los derechos fundamentales”²⁸.

3.2. No obstante lo anterior, la Corte ha establecido que sí es posible solicitar el amparo contra el trámite de una tutela cuando se advierten actuaciones ilegales del funcionario judicial, por ejemplo en eventos donde no se vinculan terceros que puedan resultar perjudicados con la decisión. Así se infiere de la sentencia T-1009 de 1999, en la que se estudió una tutela interpuesta contra el trámite de otra tutela emitida por la Corte Suprema de Justicia a través de la cual amparó los derechos de un ciudadano y le ordenó a un juez civil admitir el desistimiento de la demanda ejecutiva interpuesta contra una empresa y proseguir la acción contra otra persona que no había sido demandada.

En ese caso, la tutela se presentó porque en la anterior acción constitucional no se notificó del trámite a la persona contra quien se ordenó continuar el proceso ejecutivo. La Sala Séptima de Revisión concedió el amparo al considerar que hubo violación del debido proceso por no vincular a un tercero con interés, ordenó anular todo lo actuado en la acción de tutela, a partir del auto que la admitió y rehacer el procedimiento.

Así mismo, en sentencia T-474 de 2011 la Sala Primera de Revisión sostuvo la improcedencia de la tutela contra sentencias de la misma especie, así como la probabilidad de ejercerla respecto de las actuaciones del funcionario judicial en el trámite de ellas: “Se ha admitido, no obstante, la posibilidad de interponer acciones de tutela contra las actuaciones judiciales arbitrarias, incluso de los jueces de tutela, pero no respecto de sentencias de tutela, sino en relación con incidentes de desacato, o contra autos proferidos en el curso del proceso de tutela”.

De igual manera, la Sala Sexta de Revisión, en sentencia T-205 de 2014, reiteró la posición de la improcedencia de la tutela contra sentencia de tutela que “haya hecho tránsito a cosa juzgada”, puesto que las equivocaciones o ilegalidades deben ventilarse en el trámite de revisión por parte de la Corte Constitucional. No obstante, expresó, que la acción sí procede “contra actuaciones arbitrarias de jueces de tutela que, se repite, es muy distinto a invocarla contra un fallo de esa naturaleza”.

En sentencia SU-627 de 2015, la Sala Plena unificó su jurisprudencia en torno al tema, en los siguientes términos:

(i) La improcedencia de la acción de tutela cuando se dirige contra sentencias de tutela, salvo “cuando exista fraude y por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, (i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (*Fraus omnia corrumpit*); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación”.

(ii) Tratándose de decisiones de las Salas de Revisión o la Sala Plena de la Corte Constitucional no opera la excepción, puesto que sobre estas lo procedente es el incidente de nulidad.

(iii) En cuanto a las actuaciones surtidas dentro del trámite de la tutela, se indicó que debe distinguirse dos momentos: (a) si las irregularidades ocurrieron con anterioridad o (b) con posterioridad a la sentencia.

Si se trata de la primera hipótesis, es decir, que la actuación anormal se presentó con anterioridad a la expedición del fallo “y consiste en la omisión del juez de cumplir con su deber de informar, notificar o vincular a los terceros que serían afectados por la demanda de tutela, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, la acción de tutela sí procede, incluso si la Corte Constitucional no ha seleccionado el asunto para su revisión”.

Empero, si la actuación acaece después del fallo “y se trata de lograr el cumplimiento de las órdenes impartidas en dicha sentencia, la acción de tutela no procede. Pero si se trata de obtener la protección de un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional”.

4. Cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela promovida por Iván

Jesús Gómez Vicente contra el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Santa Marta (Magdalena).

4.1. En el presente caso la acción resulta procedente en tanto concurren los presupuestos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales para acometer el estudio de la misma. En efecto, revisada la actuación se advierte que:

4.1.1. La acción objeto de este fallo es de relevancia constitucional en tanto a través de ella se debate la presunta vulneración del derecho fundamental constitucional al debido proceso, concretamente por no vincular a un tercero a la acción de tutela interpuesta por la madre del señor Juan Alberto Orozco Velásquez, lo cual determina que el debate jurídico se oriente a establecer si se respetó el artículo 29 de la Constitución Política.

4.1.2. El accionante no contaba con otros medios de defensa judicial, puesto que no existía mecanismo alguno que permitiera enmendar la omisión del juez de vincularlo a la acción de tutela, a menos que se interpusiera la impugnación del fallo, la cual corrió la misma suerte, en tanto fue negada.

4.1.3. En cuanto a la exigencia relacionada con la inmediatez, debe observarse que el trámite de tutela en el cual presuntamente se vulneró el derecho del señor Iván Jesús Gómez Vicente y su representado, se desarrolló entre el 29 de agosto de 2016 (auto admisorio) y el 2 de septiembre del mismo año (fallo) y la acción se interpuso el 30 de septiembre de esa anualidad. Así, se observa que entre una y otra actuación transcurrió un (1) mes, es decir, que la acción constitucional se presentó en un tiempo razonable.

4.1.4. La acción de tutela se interpuso con fundamento en la posible afectación del derecho fundamental al debido proceso, por no vincular al actor como representante del lesionado (irregularidad procesal). Vicio que en sentir del accionante afectó la libertad de conciencia, de culto y libre personalidad del señor Juan Alberto Orozco Velásquez.

4.1.5. Analizada la acción de tutela se percibe que el accionante identificó de manera razonable los hechos que originaron la violación del derecho fundamental. En efecto, señaló que el acontecimiento surgió de la omisión de la Jueza Quinta Penal Municipal con función de

Control de Garantías de vincularlo a la tutela, como representante de Orozco Velásquez e impedirle impugnar el fallo.

4.1.6. Si bien la actuación objeto de análisis mediante esta acción de tutela se encuentra en el trámite de una acción del mismo linaje, la jurisprudencia de la Corte ha considerado que ella es procedente.

4.1.7. Finalmente, debe advertirse que no hubo negligencia de parte del accionante porque previo a emitirse la sentencia informó al despacho judicial su intención de que se le tuviera como interviniente en la misma. Al menos así se advierte en el respectivo fallo donde se indicó que “Se recibió escrito por parte del señor Iván Jesús Gómez Vicente quien manifiesta que actúa en calidad de apoderado del joven Juan Alberto Orozco Velásquez, quien se encuentra en estado de coma en la Clínica Bahía”. Al respecto, se respondió:

“(…) si bien el señor Iván Jesús Gómez Vicente, dice que actúa en representación del accionando (sic) no se aprecia en el expediente evidencia que demuestre tal condición respecto del accionante, solo aportaron un poder, pero no se adosa documento que demostre la existencia legal de la Congregación Testigo de Jehová a la cual pertenece el paciente, por lo cual su intervención al no acompañar los lineamientos legales no se tendrá en cuenta dentro de este proceso constitucional”.

4.2. En conclusión, los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela se encuentran acreditados en la presente actuación, por tanto, corresponde evaluar a continuación si hubo violación al debido proceso.

5. La libertad²⁹ de cultos frente al derecho a la salud. Jurisprudencia constitucional.

5.1. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corte ha sido fruto de una línea que se ha venido construyendo progresivamente, luego de que la Constitución de 1991³⁰, a partir del preámbulo y demás normas concordantes, consagrara la libertad de cultos.

En efecto, la primera decisión (T-403 de 1992) que se emitió por esta Corporación en torno a este derecho fundamental se indicó que la libertad de cultos o el “derecho a profesar y difundir libremente la religión, y la libertad de expresión, constituyen derechos fundamentales indispensables en una sociedad democrática, participativa y pluralista,

fundada en el respeto a la dignidad humana (CP art. 1). // Las libertades de culto y de expresión ostentan el carácter de derechos fundamentales, no solamente por su consagración positiva y su naturaleza de derechos de aplicación inmediata (CP art. 85), sino sobre todo, por su importancia para la autorealización del individuo en su vida en comunidad.// En una sociedad cuyo orden jurídico garantiza las concepciones religiosas o ideológicas de sus miembros, así como su manifestación por medio de la práctica ritual asociada a una creencia particular, el Estado debe ser especialmente cuidadoso en sus intervenciones, pues ellas pueden interferir la independencia y libertad de las personas que profesan una confesión o credo”.

5.2. Posteriormente, en torno a la tensión entre el derecho a la salud y el derecho a la libertad de cultos, en sentencia T-411 de 1994, al conocer el caso de una menor que tras ser diagnosticada con una bronconeumonía lobar, desnutrición y deshidratación, su padre se negó a hospitalizarla de manera inmediata, porque su culto religioso no se lo permitía, la Corte privilegió el derecho a la vida y a la salud de la menor, al considerar que:

“Las creencias religiosas de la persona no pueden conducir al absurdo de pensar que, con fundamento en ellas, se pueda disponer de la vida de otra persona, o de someter a grave riesgo su salud, y su integridad física, máxime, como ya se dijo, cuando se trata de un menor de edad, cuya indefensión hace que el Estado le otorgue una especial protección, de conformidad con el artículo 13 superior. Por lo demás es de la esencia de las religiones en general, y en particular de la cristiana, el propender por la vida, la salud corporal y la integridad física del ser humano; por ello no deja de resultar paradójico que sus fieles invoquen sus creencias espirituales, como ocurre en este caso, para impedir la oportuna intervención de la ciencia en procura de la salud de una hija menor. No existe pues principio de razón suficiente que pueda colocar a un determinado credo religioso en oposición a derechos tan fundamentales para un individuo como son la vida y la salud.

Por lo demás, este caso no debe examinarse tan sólo desde la perspectiva del derecho a la libertad religiosa de los padres, sino también, y de manera especial, desde el punto de vista de los derechos inalienables de la menor. La Constitución Política es tajante al señalar que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (Art. 44 C.P.); la razón esencial de tal prevalencia, no es otra que la situación de indefensión en que se encuentra colocado el infante frente al resto del conglomerado social,

y por ende, la mayor protección que a él deben brindarle tanto el Estado como la sociedad”.

5.3. En ese mismo sentido se expidió la sentencia T-474 de 1996, donde se estudió la acción de tutela presentada por el padre de un menor con cáncer severo en una rodilla. Realizado el tratamiento con quimioterapia sin obtener los resultados esperados, los médicos concluyeron que lo procedente era amputar la pierna, para lo cual obtuvieron el consentimiento tanto del paciente como del progenitor, y debía complementarse con quimioterapia que hacía previsible la necesidad de realizar transfusiones de sangre. No obstante, luego de la cirugía, el niño firmó un escrito, denominado “Directriz de exoneración médica por anticipado”, con dos testigos, manifestando que no aceptaba recibir sangre vía endovenosa porque su religión, Testigo de Jehová, no se lo permitía “por considerar que dicha práctica constituye un pecado mortal”.

El padre del menor presentó acción de tutela contra los jerarcas de la iglesia Testigos de Jehová que escribieron el documento y presionaron a su hijo para que lo firmara. El juez de única instancia declaró improcedente el amparo respecto de los testigos demandados, y la concedió contra el Instituto de los Seguros Sociales. La Corte confirmó esa decisión al darle prevalencia a la decisión del padre “aún en contra de la voluntad del hijo menor adulto, en tanto ella estaba dirigida a proteger su derecho fundamental a la vida”.

El cónyuge de la paciente presentó acción de tutela solicitando se aplicara la sangre, toda vez que la salud estaba por encima de cualquier creencia religiosa. El juzgado de instancia declaró improcedente la tutela porque no se daban los presupuestos para ejercer la tutela contra particulares. Posteriormente la señora falleció. La Corte revocó el fallo y, en su lugar, negó el amparo por la carencia actual de objeto; sin embargo, sobre el derecho de la paciente destacó que la decisión de no permitir la transfusión de sangre provino de una mujer adulta y plenamente capaz y, sobre esa base, reiteró la posición de la Corporación en la sentencia T-474 de 1996:

“(…) en el Estado Social de Derecho, que reivindica al hombre como individuo libre y autónomo, incurso en continuo proceso evolutivo, epicentro de la organización política, fin y no medio de las acciones del Estado, el consentimiento del paciente se erige como manifestación expresa del principio constitucional que reconoce en él un ser razonable,

dotado de entendimiento que posibilita la realización de su libertad, pues es su “razón” la única que puede válidamente determinar, previa información sobre las características y posibles consecuencias de un determinado tratamiento médico, si lo acepta o no, decisión que será legítima y constitucional siempre que provenga de un individuo plenamente capaz y que con ella éste no incumpla con la obligación que tiene de brindarse a sí mismo el cuidado integral que su persona requiera, o con el deber de no infringir con sus decisiones daño a terceros o a la colectividad. Habilitar al médico para imponerle su criterio al paciente, sería tanto como despojar al individuo de su autonomía, trasladándola a otro en razón de su calificación profesional, lo que es inadmisibles en la concepción de hombre que subyace en este tipo de organización política”.

5.5. En sentencia T-823 de 2002 la Sala Quinta de Revisión examinó la acción de tutela interpuesta por una beneficiaria del Sisben nivel II y Testigo de Jehová, quien acudió a urgencias del Hospital Marco Fidel Suárez de Bello, donde se le diagnosticó pancreatitis y cálculos en la vesícula. Fue hospitalizada y se le programó cirugía; no obstante, no se llevó a cabo por su negativa a recibir cualquier tratamiento sanguíneo y, a pesar de que en comunicación dirigida a la entidad se hizo responsables de las posibles consecuencias que se presentaran por su negativa recibir sangre, el centro hospitalario mantuvo su decisión, puesto que cualquier operación debe someterse a los parámetros determinados por el mismo.

Ante la negativa de la entidad, la actora acudió al Hospital San Vicente de Paúl y a la Clínica General, donde le manifestaron que sí estaban dispuestos a realizarle la cirugía en las condiciones por ella expuestas y, además, era de carácter prioritario por la continuidad de los cólicos, lo que podía causarle una pancreatitis de mayor gravedad, pero “que no era posible atenderla por medio del SISBEN, pues no existía contrato alguno entre las partes”.

La accionante solicitó la protección de sus derechos y, en consecuencia, se ordenara al hospital Marco Fidel Suárez se practicara la cirugía y el suministro de los tratamientos y, en caso de que continuara la negativa, se le remitiera a otro centro hospitalario para que le practicaran la cirugía por cuenta del SISBEN, sin costo adicional alguno.

En este caso, la Sala negó el amparo porque, en su sentir, en caso de presentarse contradicción entre la decisión de una persona con ocasión al credo religioso y su derecho a

la vida con todo lo que él comporta: “(...) prevalece este último como derecho prioritario e inviolable”. Por tanto, continuó la Corte, aunque la accionante considerara que conforme con el Decreto N°. 1571 de 1993, no es indispensable ni imprescindible en una intervención quirúrgica la utilización de sangre o de sus hemoderivados, siendo suficiente el uso de fluidos no sanguíneos como la solución salina, el dextrán, etc.³¹ Es claro que dicha decisión en acatamiento de dogmas religiosos, no puede desconocer la determinación médica, con fines terapéuticos, necesarios para salvaguardar la vida o la salud del paciente. // Por ello, en estos casos, y solamente cuando la decisión del paciente pueda comprometer el derecho a la vida, es deber de éste ceder a sus pretensiones religiosas y asumir plenamente el compromiso médico destinado a salvaguardar su existencia, presupuesto esencial para el ejercicio de los demás derechos, sin que se pueda configurar responsabilidad del galeno por la realización de un acto propio de la medicina, es decir, por velar diligentemente por la vida del paciente. Al respecto, se reitera que la Constitución Política le otorga a la vida el carácter de derecho fundamental “inviolable” y le impone a todas las personas el deber de procurar el cuidado integral de su salud” (C.P. arts. 11 y 49).

Además, señaló la Sala, que como la enfermedad que padecía la actora no comprometía su vida y por ello no existía una situación de urgencia “que legitime la actuación médica sin contar con el consentimiento afirmativo del paciente, y dado que es necesario preservar la integridad y la salud como derechos irrenunciables y fundamentales de la accionante, ésta deberá acudir a las instituciones que prestan los servicios de salud y que están dispuestas a intervenirla quirúrgicamente utilizando medios alternativos al de la transfusión sanguínea para restaurar su condición física, o, acudir a la convocatoria de una junta médica que evalúe la decisión profesional del médico tratante, sin que se pueda imponer indiscriminadamente una voluntad sobre la otra, contrariando la libertad religiosa y la conciencia médica (artículos 18 y 19 de la Constitución Política)”.

5.6. A través de sentencia T-471 de 2005 se revisó la tutela interpuesta por el señor Jhon Vásquez Cardona, como agente oficioso de su cuñado, contra la EPS SALUD, al negar el suministro de los medicamentos “Venofer, Sandostatin y Eritropoyetina”, ordenados por el médico para reemplazar la transfusión de sangre a la cual se niega el paciente por pertenecer a los Testigos de Jehová.

La EPS negó el suministró del Sondastatin y Eritropoyetina, porque no se hallaban incluidos

en el Pos, y ordenó la entrega del Venofer, pero en su presentación genérica -Hierro Parentera-, que sí se hallaba en el POS.

La Sala Novena de Revisión concedió el amparo y ordenó a la EPS la entrega de los medicamentos Eritropoyetina y Sandostatin, al considerar que: "(...) la decisión de no aceptar la transfusión de sangre constituye un acto razonado y legítimo del accionante, en tanto que fue voluntario, realizado en ejercicio de la autonomía, en acatamiento de su creencia religiosa y en el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales a la libertad de conciencia, libre desarrollo de la personalidad y libertad de cultos. Por tanto esta Sala concluye que no constituye excusa válida la esgrimida por SUSALUD EPS, para negar la entrega de los medicamentos requeridos por el señor Oscar Hernando Corrales Cuartas".

5.7. En sentencia T-052 de 2010, la Sala Quinta de Revisión examinó la tutela interpuesta por un Testigo de Jehová contra la EPS SALUDCOOP, por negarle el suministro del medicamento "eculizumab" por estar excluido del POS, el cual se recomendó como alternativa del Trasplante Alogénico de Médula Ósea, que el paciente rechaza por su credo religioso.

En este caso, la Corte concedió el amparo a los derechos a la libertad de cultos, a la salud y a la vida en condiciones dignas, como al libre desarrollo de la personalidad, en tanto consideró que "la negativa de aceptar el transplante constituye un acto de la autonomía individual del accionante, razonado, libre, espontáneo y válidamente expresado por él, acogido producto de la información que le suministró su médico tratante de manera clara, detallada completa e integral sobre las alternativas existentes para atender la enfermedad. Por tanto, la EPS, el médico ni el Juez constitucional pueden desconocer tal manifestación, ni mucho menos imponer su criterio en tanto que proviene de su propia voluntad expresada de manera consciente, como titular del derecho fundamental a la libertad de cultos, libertad de conciencia y al libre desarrollo de la personalidad. De este modo, en desarrollo de la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad, el accionante puede rehusar, bajo su riesgo, la aplicación de determinado tratamiento médico. Radicalmente podría afirmarse que con dicha opción libera a la entidad prestadora del servicio de salud del deber de protección del derecho a la salud por la imposibilidad de hacerlo sin violentar la libre autodeterminación del paciente".

5.8. Recientemente, la Sala Segunda de Revisión, en sentencia T-476 de 2016 revisó la

acción de tutela de un Testigo de Jehová, afiliado a la EPS Salud Total, a través del Seguro Social -Régimen Contributivo-, el cual fue diagnosticado con una insuficiencia aórtica severa, por lo que se autorizó se le realizara una “cirugía de cambio valvular”. Intervención que fue rechazada por el accionante, porque la misma implicaba transfusión sanguínea y, en su lugar, pidió se le practicara un procedimiento alternativo, no obstante, se le respondió que la clínica no contaba con los equipos necesarios para realizar la intervención en las condiciones exigidas por el accionante. Al acudir a la EPS para que se ordenara la intervención en la IPS Fundación Cardiovascular de Colombia, le fue negado por no tener contrato con la misma.

La pretensión del actor consistió en que se concediera el amparo y se ordenara a la EPS Salud Total autorizara el procedimiento alternativo a la IPS Fundación Cardiovascular de Colombia, donde sí le podían realizar la cirugía en las circunstancias por el solicitadas, o en otra entidad que cuente con los medios para ello.

La Corte luego de considerar que la negativa del actor a recibir transfusión de sangre con ocasión a su creencia religiosa, es una manifestación de su autonomía individual y, por tanto, ninguna persona o autoridad pueden desconocerla, concedió el amparo. En efecto, consideró la Sala de Revisión que el respeto por la decisión del paciente “no anula su derecho fundamental a la salud, ni exonera a la EPS de la obligación que le asiste de continuar garantizándole la prestación de los contenidos del POS. En efecto, tal y como lo ha sostenido esta Corporación en casos similares³², la EPS mantiene la obligación de brindarle al usuario otras alternativas médicas, de manera que pueda elegir, entre varias opciones, la que mejor se adecúe a sus necesidades y convicciones, siempre que exista tal posibilidad”.

5.9. De lo expuesto se infiere, que la posición más reciente sigue en la construcción de la línea jurisprudencial sobre el deber de los profesionales de la medicina de proteger el derecho a la libertad de culto en los eventos donde exista consentimiento libre y voluntario, otorgado por persona capaz. Así mismo, las entidades de Salud deben acudir al paciente que, con fundamento en sus creencias, rechazan algunos tratamientos. En ese orden, deben procurar la asignación de procedimientos alternativos que permitan su recuperación sin violentar sus convicciones religiosas.

6. Aspectos generales del debido proceso.

6.1. El artículo 29 de la C. Política consagra el debido proceso como un derecho fundamental,

el cual debe aplicarse a todas las actuaciones judiciales y administrativas con el propósito de defender y salvaguardar el “valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P)”³³. En ese sentido, son deberes de los servidores públicos (i) actuar dentro del régimen legal establecido previamente, (ii) respetar los procedimientos y (iii) garantizar a las personas el ejercicio de sus derechos.

En efecto, en sentencia C-980 de 2010 la Corte indicó que el debido proceso se “muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos”.

6.2. La jurisprudencia constitucional ha definido el debido proceso 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”³⁴.

6.3. Entre las garantías que consagra el debido proceso se encuentran los derechos de defensa, contradicción y publicidad que se desarrollan a través de las notificaciones a las partes e interesados y la posibilidad de impugnar las decisiones. En la acción de tutela, a pesar de su informalidad, también debe garantizarse el debido proceso³⁵ so pena de hallarse viciada de nulidad:

“En diversas ocasiones la jurisprudencia de esta Corporación ha estimado que la informalidad que caracteriza el trámite de tutela no puede implicar el quebrantamiento del debido proceso a que por expreso mandato constitucional están sometidas las actuaciones administrativas y judiciales (art. 29 C.P.)³⁶, y en cuyo contenido constitucionalmente protegido se incorporan los derechos de defensa y contradicción. Así mismo, ha sido enfática en sostener que el juez de tutela está revestido de amplias facultades oficiosas que debe asumir de manera activa para brindar una adecuada protección a los derechos constitucionales presuntamente

conculcados, dando las garantías del caso a las partes implicadas en la litis³⁷”.

6.4. En cuanto a la integración del contradictorio en sede de tutela, la jurisprudencia constitucional señala que es un deber del juez de primera instancia, puesto que de esa manera garantiza a la parte interesada la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción y defensa durante el desarrollo de la tutela:

“el juez constitucional, como director del proceso, esté obligado a – entre otras cargas- integrar debidamente el contradictorio, vinculando al trámite a aquellas personas naturales o jurídicas que puedan estar comprometidas en la presunta afectación iusfundamental, en el cumplimiento de una eventual orden de amparo y/o resulten afectadas con la decisión, para que en ejercicio de la garantía consagrada en el artículo 29 superior, puedan intervenir en el trámite, pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, aportar y solicitar las pruebas que consideren pertinentes, y en fin, hacer uso de los recursos defensivos que ofrece el ordenamiento jurídico”.

Lo anterior significa que, en sede de tutela, también se debe integrar debidamente el contradictorio, vinculando a los interesados, es decir, a todas las personas “que puedan estar comprometidas en la afectación iusfundamental y en el cumplimiento de una eventual orden de amparo, para que en ejercicio de la garantía consagrada en el artículo 29 superior, puedan intervenir en el trámite, pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, aportar y solicitar las pruebas que consideren pertinentes, y en fin, hacer uso del arsenal defensivo que ofrece el ordenamiento jurídico”³⁸.

La jurisprudencia constitucional ha resaltado que la necesidad de notificar “a todas las personas directamente interesadas, partes y terceros con interés, tanto la iniciación del trámite que se origina con la instauración de la acción de tutela, como la decisión que por esa causa deba adoptarse, pues ello se constituye en una garantía del derecho al debido proceso, el cual, por expresa disposición constitucional, aplica a todo tipo de actuaciones judiciales o administrativas”³⁹.

La Corte también ha sostenido que la omisión en las notificaciones de las providencias a las partes o terceros con interés, como la falta de vinculación al proceso, originan irregularidad que puede viciar de nulidad la actuación. En efecto en sentencia T-661 de 2014, se indicó:

“Los jueces tienen la obligación de notificar sus decisiones jurisdiccionales tanto a las partes del proceso como a los terceros con interés⁴⁰. “En distintas oportunidades,⁴¹ este tribunal ha hecho énfasis en la necesidad de notificar a todas las personas directamente interesadas, partes y terceros con interés, tanto la iniciación del trámite que se origina con la instauración de la acción de tutela, como la decisión que por esa causa deba adoptarse, pues ello se constituye en una garantía del derecho al debido proceso, el cual, por expresa disposición constitucional, aplica a todo tipo de actuaciones judiciales o administrativas (C.P. art. 29)”. Es importante resaltar que el carácter sumario e informal de la acción de tutela no releva al juez de la obligación de notificar las decisiones que adopta en un proceso judicial, toda vez que ese deber tiene la finalidad de garantizar principios constitucionales”⁴²// (...) “La Corte Constitucional ha advertido que en los eventos en que el juez de tutela omite notificar el auto admisorio de la demanda a la parte pasiva de la relación procesal o al tercero con interés se incurrirá en irregularidad, yerro que afectará la validez del trámite. En esas hipótesis, la Corte podrá declarar la nulidad del proceso o notificar a las partes en revisión”.

Así mismo, en Auto 065 de 2010, se indicó:

“La falta de notificación de las providencias proferidas en un proceso de tutela a una parte o a un tercero con interés legítimo, lo mismo que su falta de vinculación al proceso, generan una irregularidad que vulnera el debido proceso. Al respecto, la Corte Constitucional señaló en auto 234 de 2006 lo siguiente:

“5.- De lo expuesto, fuerza es concluir entonces que la falta u omisión de la notificación de las decisiones proferidas en un proceso de tutela a una parte o a un tercero con interés legítimo, es una irregularidad que vulnera el debido proceso. De allí que por ejemplo la falta de notificación de la providencia de admisión de una acción de tutela, no permite que quien tenga interés en el asunto, pueda enterarse de la existencia de esa actuación y de la consecuente vinculación de una decisión judicial sin haber sido oído previamente.

6.- Cuando la situación anotada se presenta, se dan los fundamentos suficientes para declarar la nulidad de lo actuado y retrotraer de tal manera la actuación que permita la configuración en debida forma del contradictorio, o se vincule al proceso al tercero con interés legítimo, pues sólo de esta manera se permite, de una parte el conocimiento de la demanda y la posibilidad del ejercicio del derecho al debido proceso y defensa, así como la

emisión de un pronunciamiento de fondo sobre la protección o no de los derechos fundamentales invocados”(negrilla fuera de texto).

6.5. Finalmente, en este punto es oportuno reconocer lo que se ha entendido por partes, terceros con interés y agente oficioso. Se ha dicho que el “concepto de parte tiene una doble acepción según se la examine desde el punto de vista puramente procesal o teniendo en cuenta el derecho material en discusión. En el primer caso, son partes quienes intervienen en el proceso como demandantes o demandados, en procura de que se les satisfaga una pretensión procesal, independientemente de que les asista razón o no; de manera que desde este punto de vista la noción de parte es puramente formal. En sentido material tienen la condición de partes los sujetos de la relación jurídica sustancial objeto de la controversia o motivo del reconocimiento, así no intervengan en el proceso”⁴³.

Por el contrario, de los terceros se dijo que son aquellos que “no tienen la condición de partes. Sin embargo, puede ocurrir que dichos terceros se encuentren vinculados a la situación jurídica de una de las partes o a la pretensión que se discute, al punto de que a la postre puedan resultar afectados por el fallo que se pronuncie. (...) En este evento, el interés del cual son titulares los legitima para participar en el proceso, con el fin de que se les asegure la protección de sus derechos”⁴⁴.

Por su parte la agencia oficiosa es una de las formas a través de las cuales se puede interponer la acción de tutela por una persona en favor de otra que no se halla en capacidad de hacerlo por sus propios medios (arts. 8645 C. Pol. y 1046 del Decreto 2591 de 1991). En efecto, se ha definido como “el mecanismo legal y admitido por la jurisprudencia, para que un tercero actúe en favor de otra persona, sin necesidad de poder y orientado a garantizar la protección y eficacia de los derechos fundamentales del agenciado”⁴⁷.

Para la procedencia de esta figura la Corte ha establecido como requisitos que “(i) el agente oficioso manifieste que actúa como tal; (ii) del escrito de tutela se infiera que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer dicha acción, ya sea por circunstancia físicas o mentales; (iii) el titular del derecho debe ratificar lo actuado dentro del proceso y (iv) la informalidad de la agencia, es decir, no requiere que exista relación formal entre el agente y el agenciado”⁴⁸.

6.6. De otro lado, también se ha precisado por la Corte Constitucional que el derecho a

impugnar las providencias de tutela es de “raigambre constitucional, a través del cual se pretende que el superior jerárquico de la autoridad judicial que emitió el pronunciamiento, evalúe nuevamente los argumentos debatidos y adopte una decisión definitiva, ya sea confirmando o revocando la sentencia de primera instancia”⁴⁹. Es más, “estamos ante un derecho, reconocido directamente por la Carta a las partes que intervienen dentro del proceso, para que, si la decisión adoptada no es favorable o no les satisface, acudan ante el juez competente según la definición que haga la ley – el superior jerárquico correspondiente, al tenor del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en solicitud de nuevo estudio del caso. Se trata, pues, de un derecho de naturaleza constitucional cuyo ejercicio no depende de la procedencia o improcedencia de la acción”⁵⁰.

En esas condiciones, la impugnación se constituye en un derecho fundamental constitucional y, por tanto, de obligatorio cumplimiento por el funcionario judicial, puesto que así garantiza el debido proceso y el principio de la doble instancia. De no ser así, se quebrantan normas superiores “al punto que el proceso acarreará con una nulidad insaneable, según advierte el parágrafo del artículo 136 del Código General del Proceso⁵¹. En concreto, el yerro procesal sucederá cuando: i) no se tramitó el recurso de alzada⁵²; ii) no se notificó el fallo de primera instancia⁵³; y iii) se negó o rechazó la impugnación”⁵⁴.

6.7. En conclusión, el debido proceso, como derecho fundamental constitucional aplica igualmente para la acción de tutela no obstante su carácter de informal. En función de ese principio es deber del juez constitucional vincular y notificar a todas las partes y personas que puedan estar comprometidas en la acción de tutela, ya como afectados o como obligados a responder por su acción u omisión (terceros interesados). Prescindir de la notificación del auto admisorio de la demanda comporta nulidad de la actuación, excepto que el término permita su vinculación previa al fallo.

7. Violación del debido proceso en el caso del señor Iván Jesús Gómez Vicente.

7.1. En el caso objeto de la presente actuación debe la Corte establecer si efectivamente existió vulneración del derecho fundamental al debido proceso del señor Iván Jesús Gómez Vicente, como representante de Juan Alberto Orozco Velásquez, por no vincularlo a la acción de tutela y no permitírsele la impugnación del fallo, bajo el argumento que no tenía legitimación dentro la misma.

7.2. Revisada la prueba documental allegada a este trámite, lo primero que debe advertirse es que desde que se interpuso la acción de tutela por la señora Nelda Patricia Velásquez Torres se tenía conocimiento que la congregación Testigos de Jehová hacía suscribir a sus integrantes un documento en el cual se niegan a recibir algunos procedimientos médicos. Así se dijo en los “antecedentes” del fallo pronunciado por el Juzgado 5º Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, en los cuales se indican las críticas de la accionante a dicho documento, en los siguientes términos:

“Asegura la madre que los Testigos de Jehová a los miembros de su congregación piden autorización por medio de un documento, en donde se niegan a recibir determinados procedimientos en caso de accidentes o enfermedades, documento éste, que por cierto, presenta una ambigüedad, y que ellos muy irresponsablemente le dan una interpretación que más les convenga, negándole la posibilidad a los médicos de realizar los procedimientos para salvar la vida de su hijo y poder seguir viviendo, trasladándole la responsabilidad a una persona desconocida y que además carece de algún vínculo familiar. // Por último indica que el actuar de la congregación evita los procedimientos médicos, poniendo en riesgo la vida de su hijo. Efectuándose una reunión en la que los médicos y directivos de la Clínica Bahía, fueron inducidos a suscribir un acta, en donde se abstienen a administrar cualquier procedimiento que vaya en contra de los preceptos religiosos de la congregación Testigos de Jehová, y fue su representante quien decidió que su hijo no debía recibir ningún tipo de procedimiento médico”⁵⁵.

En este evento también existió un documento con esas características, puesto que, una vez en la clínica, la compañera de Juan Alberto y su padre se opusieron a la transfusión de sangre con fundamento en el mismo⁵⁶, donde aparecen como representantes Julián Jiménez⁵⁷ e Iván Gómez Vicente. El texto es del siguiente tenor:

DIRECTRIZ ANTICIPADA Y CARTA PODER PARA ATENCIÓN MÉDICA

1. Mediante este documento, yo Juan Orozco Velásquez, expongo mis instrucciones en materia de salud y designo a un representante para la atención médica que decida por mí en caso de hallarme incapacitado (a).

2. Soy testigo de Jehová y NO ACEPTO TRANSFUSIONES de sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma bajo ningún concepto, aunque el personal médico las crea necesarias para salvarme la vida. También me niego a que me extraigan sangre para almacenarla y transfundirla posteriormente.

3. Fracciones menores de la sangre:

a) ___ Las rechazo todas b) ___ Las rechazo todas excepto_____

c) J.O. es posible que acepte algunas fracciones menores de la sangre pero debe hablarse conmigo o, si me hallo incapacitado con mi representante, para conocer los detalles.

4. Procedimientos médicos que impliquen el uso de mi sangre, salvo las técnicas de diagnóstico (como los análisis de sangre):

a) ___ Las rechazo todas b) ___ Las rechazo todas excepto_____

c) J.O. es posible que acepte ciertos procedimientos médicos que impliquen el uso de mi sangre pero debe hablarse conmigo o, si me hallo incapacitado con mi representante, para conocer los detalles.

5. Prolongación de la vida.

a) J.O. No deseo que prolonguen mi vida si a un grado razonable de certeza médica me encuentro en fase terminal.

b)___ Deseo que prolonguen mi vida tanto como sea posible dentro de los límites de las normas médicas generalmente aceptadas, aunque esto signifique que tal vez se me mantenga vivo (a) con la ayuda de máquinas durante años.

6. Información importante y otras instrucciones. _____

7. No autorizó a nadie (ni a mi representante) a que pase por alto o anule las instrucciones aquí expuestas. Puede que mi familia inmediata o ciertos parientes o amigos discrepen de mi postura, pero ello no les resta fuerza o solidez a mi rechazo de la sangre ni a las demás instrucciones que he dado.

8. Además de los asuntos tratados hasta aquí, designo a la persona mencionada al final para que sea mi representante y tome decisiones por mi en materia de salud. Le otorgo pleno poder y autoridad para aceptar o rechazar tratamientos en mi nombre (incluida la alimentación y la hidratación artificiales), consultar a mis médicos, recibir copias de mi historial médico y emprender acción judicial a fin de que se respeten mis deseos. Si mi representante no está localizable, no puede o no desea actuar como tal, designo a un representante sustituto para que actúe con el mismo poder y autoridad.

9. Juan Orozco V. (firmado) 11-06-14

Firma

Fecha

Diag. 28 # 14 74 Reposo.

Dirección

REPRESENTANTE PARA

LA ATENCIÓN MÉDICA

Nombre: Julián Jiménez

Dirección: Cra. 19 #29c 89

Teléfono: 3108902509

REPRESENTANTE SUSTITUTO

PARA LA ATENCIÓN MÉDICA

Nombre: Iván Gómez Vicente

Dirección: Cll 17 # 22-50 c-3

Teléfono: 3013678150

Nota: Puede elegir a cualquier adulto para que sea su representante, pero no es recomendable que escoja a su médico ni a nadie que trabaje para él ni a ningún miembro del personal del hospital o la residencia de ancianos donde pudiera ingresar a menos que tal persona sea su cónyuge o un pariente consanguíneo, o que exista una relación de adopción.

DIRECTRIZ ANTICIPADA Y CARTA PODER PARA ATENCIÓN MÉDICA

(Documento firmado. Desdóblese)

NO ACEPTO SANGRE

Considera la Sala, que con este documento sumariamente se hallaba acreditada la calidad de tercero del señor Iván Jesús Gómez Vicente, en representación de Juan Alberto Orozco Velásquez, quien desde el 11 de junio de 2014 lo designó como representante sustituto para la atención médica y, por lo mismo, tenía un interés en las resultas de la tutela, en la que se ventilaba precisamente el aspecto sobre el cual recibió autorización para decidir -la transfusión de sangre-.

Aunado a lo expuesto, no puede desconocerse que conforme con el artículo 14 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 la acción de tutela es informal, lo cual significa que “no está sometida a requisitos especiales ni fórmulas sacramentales que puedan implicar una prevalencia de las formas sobre la búsqueda material de protección de los derechos de las personas que la invocan”⁵⁸.

Esa circunstancia va de la mano del artículo 228 de la Constitución Política cuyo contenido propugna por la prevalencia del derecho sustancial, es decir, no se puede obstaculizar la efectividad de los derechos con fundamento en motivos formales. Sobre el exceso ritual manifiesto, la Corte ha precisado que se presenta “... cuando un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y, por esta vía sus actuaciones devienen en una denegación de justicia, causada por la aplicación de disposiciones procesales opuestas a la vigencia de los derechos fundamentales, por la exigencia irreflexiva del cumplimiento de requisitos formales o por un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas”⁵⁹.

En ese orden, era obligación de la funcionaria judicial vincular desde la admisión de la demanda a quien tenía la representación del paciente para efectos de atención médica; sin embargo, no se hizo, y a pesar de que el señor Gómez Vicente lo solicitó, se le rechazó porque no aportó “documento que demostrare la existencia legal de la Congregación Testigo de Jehová a la cual pertenece el paciente”⁶⁰. Finalmente, cuando impugnó el fallo, también se le negó “por falta de legitimación”, puesto que “no existe claridad de la persona que

interviene como tercero afectado”.

6.3. El interesado en la acción de tutela, es la persona “cuyos intereses puedan verse afectados por la decisión que el juez constitucional tome en relación con la solicitud de protección presentada”⁶¹. En el caso que nos ocupa, se insiste, el señor Iván Jesús Gómez Vicente, como “representante “sustituto para la atención médica” de Juan Alberto Orozco Velásquez, tenía una instrucción definida para defender el derecho a la libertad de culto de su representado, quien se hallaba inconsciente y le estaban realizando “transfusiones de sangre”. En esas circunstancias, era deber del Juzgado vincularlo a la tutela y de esa manera permitirle hacer la defensa mediante el aporte de pruebas, contradiciendo las aportadas e impugnando la decisión que podía afectarlo, bien de manera favorable o desfavorable.

No obstante la ausencia de vinculación, el fallo fue impugnado por el señor Iván Jesús Gómez Vicente; sin embargo, mediante auto del 19 de septiembre de 2016 se negó por falta de legitimidad del mismo, aduciendo lo siguiente: “no se está dudando de la creencia del paciente, ni mucho menos se está diciendo que no es una iglesia legalmente conformada, pues el Despacho está determinando que no existe claridad de la persona que interviene como tercero afectado, por esa razón se negó su intervención dentro del amparo al no estar legitimado en la causa”⁶².

Aunado a lo dicho, debe indicarse que si al despacho judicial le generaba dudas la calidad de tercero del señor Gómez Vicente, debió hacer uso de la facultad oficiosa del juez de tutela para el decreto y práctica de pruebas, sin que se hubiera procedido a ello.

6.4. En suma, considera la Sala que el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de control de Garantías de Santa Marta se excedió en el manejo de las formalidades procesales, en tanto no vinculó a la acción de amparo al ahora accionante, lo cual determinó la negativa a la impugnación, que es una forma de concretarse el derecho de defensa y la garantía de la doble instancia. Así, se encuentra demostrada la causal de nulidad por impedirse ejercer el derecho de impugnación, en abierta contradicción del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta, el cual debe ser observado por todos los funcionarios judiciales y administrativos.

7. La carencia de objeto en materia de acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

7.1. El artículo 86 de la Constitución Política instituyó la acción de tutela como un mecanismo orientado a la protección oportuna de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por actos de las autoridades públicas o de un particular. En esas circunstancias, según la norma, la protección consiste en una orden de cumplimiento inmediato para que la accionada actúe o se abstenga de hacerlo y, en ese sentido, cese la presunta vulneración.

7.2. No obstante lo anterior, la acción de tutela puede perder su esencia cuando durante su trámite se presentan situaciones que permiten inferir que las transgresiones o amenazas denunciadas expiraron porque: "(i) se materializó el daño alegado; (ii) se satisfizo el derecho fundamental afectado; o (iii) se presentó la inocuidad de las pretensiones de la solicitud de amparo"⁶³.

Estas circunstancias, según lo expuesto por la Corte, extinguen el objeto de la acción de tutela y, en ese sentido, cualquier orden que se profiera por el juez sería inane. Ese fenómeno se ha denominado "carencia actual de objeto", y puede ocurrir por hecho superado o daño consumado.

El hecho superado se presenta cuando en el trámite de la tutela los hechos u omisiones que amenazaban el derecho fundamental desaparecen porque precisamente se satisface la pretensión perseguida con la acción constitucional. En esas condiciones, el derecho ya no estaría en riesgo y por tanto, las órdenes son inocuas. Sobre ese aspecto, en sentencia SU-540 de 2007, la Corte refirió:

"En efecto, si lo pretendido con la acción de tutela era una orden de actuar o dejar de hacerlo y, previamente al pronunciamiento del juez de tutela, sucede lo requerido, es claro que se está frente a un hecho superado, porque desaparece la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos constitucionales fundamentales o, lo que es lo mismo, porque se satisface lo pedido en la tutela, siempre y cuando, se repite, suceda antes de proferirse el fallo, con lo cual la posible orden que impartiera el juez caería en el vacío"⁶⁴.

En esta hipótesis, no es imperioso realizar un análisis sobre la posible vulneración de los derechos invocados, excepto "si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, [ya sea] para llamar la atención sobre la falta de

conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado”⁶⁵.

Sobre ese punto, la Corte en sentencia T-722 de 2003 distinguió dos situaciones:

“i.) Así, pues, cuando el fundamento fáctico del amparo se supera antes de iniciado el proceso ante los jueces de tutela de instancia o en el transcurso de este y así lo declaran en las respectivas providencias, la Sala de Revisión no puede exigir de ellos proceder distinto y, en consecuencia, habrá de confirmar el fallo revisado quedando a salvo la posibilidad de que en ejercicio de su competencia y con el propósito de cumplir con los fines primordiales de la jurisprudencia de esta Corte, realice un examen y una declaración adicional relacionada con la materia, tal como se hará en el caso sub-examine.

ii.) Por su parte, cuando la sustracción de materia tiene lugar justo cuando la Sala de Revisión se dispone a tomar una decisión; si se advirtiere que en el trámite ante los jueces de instancia ha debido concederse el amparo de los derechos fundamentales invocados y así no se hubiere dispuesto, la decisión de la Sala respectiva de esta Corporación, de conformidad con la jurisprudencia reciente, consistirá en revocar los fallos objeto de examen y conceder la tutela, sin importar que no se proceda a impartir orden alguna”⁶⁶.

Por su parte, el daño consumado se encuentra consagrado en el artículo 6º, numeral 4º, del Decreto Estatutario 2591 de 1991. Según la jurisprudencia, esta situación es diferente, ya que “la amenaza o la vulneración del derecho fundamental han producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela”⁶⁷.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que en el caso del daño consumado, donde previamente a expedirse el fallo se afectan definitivamente los derechos fundamentales, es obligatorio “efectuar un pronunciamiento de fondo sobre el asunto, con el fin de establecer

correctivos y prevenir futuras violaciones⁶⁸. Bajo ese entendido, “el juez constitucional no solo tiene la facultad sino el deber de pronunciarse de fondo, y exponer las razones por las cuales se produjo un perjuicio en cabeza del accionante, además de realizar las advertencias respectivas, para efectivizar la garantía de no repetición”⁶⁹ (negrilla del texto).

Así mismo, en sentencia T-448 de 2004, se relacionaron como hipótesis del daño consumado, la siguientes: “(i) cuando el actor fallece y es obvio que desaparecen los fundamentos fácticos que motivaron la solicitud de amparo⁷⁰, (ii) cuando se ha cumplido el término de la sanción impuesta por medio de un acto administrativo a pesar de que se pueda establecer de manera posterior que dicho acto fue expedido con violación al debido proceso⁷¹, o (iii) en una hipótesis similar, cuando se ha cumplido el término de la sanción disciplinaria, y por tanto, no tendría mayor objeto un pronunciamiento sobre la afectación de los derechos fundamentales originados con la actuación investigativa y sancionadora de la Procuraduría⁷²”.

7.3. En conclusión, el trámite de la acción de tutela normalmente termina con la expedición de las órdenes respectivas para reparar la presunta afectación de los derechos fundamentales. No obstante, esa situación es diferente cuando en el desarrollo de la tutela se satisface la pretensión de la misma (hecho superado) o cuando se produce el daño que se procuraba impedir con el amparo, debido a que no se subsanó de manera oportuna la posible transgresión (daño consumado). En ambos casos, es deber del juez motivar y demostrar cada una de esas circunstancias. Cuando se trata del daño consumado es pertinente pronunciarse sobre el fondo del asunto a fin de determinar la trascendencia de los derechos presuntamente vulnerados, instituir correctivos y prevenir a futuro posibles violaciones.

8. Carencia actual de objeto por hecho superado/daño consumado en el caso concreto.

8.1. El accionante Iván Jesús Gómez Vicente, mediante apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Santa Marta (Magdalena) al considerar que se vulneró el derecho fundamental al debido proceso y los artículos 173, 274, 8.175, 1276 y 2577 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto “se le negó rotundamente actuar como tercero con interés legítimo dentro de la acción de tutela radicada en el juzgado ahora accionado con radicación 47-001-40-88-005-2016-0118-00”, la cual se tramitó entre el 29 de agosto y el 2 de

septiembre de 2016, y, además, como consecuencia de esa situación, se le negó la impugnación del fallo. Lo anterior, dada su calidad de “representante sustituto para la atención médica del ciudadano Juan Alberto Orozco Velásquez”, quien se hallaba en estado “inconsciente” en la clínica Bahía de Santa Marta, a consecuencia de un accidente de tránsito.

8.2. En sede de tutela, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santa Marta, a través de sentencia del 18 de octubre de 2016, negó el amparo solicitado por el actor puesto que “no tenía legitimidad por activa dentro de la mencionada tutela, toda vez que dicha acción fue presentada por la señora Nelda Velásquez, actuando como agente oficiosa de su hijo Jesús Alberto Orozco Velásquez, contra la Clínica Bahía, y por tanto el señor Iván Gómez Vicente no actuó dentro de la mencionada tutela”.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, a través de providencia del 15 de noviembre de 2016, declaró la existencia de un hecho superado porque el accionante Gómez Vicente fue “vinculado a un proceso en el que el fondo del asunto va dirigido a resolver su pretensión principal”.

8.3. El 9 de noviembre de 2016 se produjo el deceso del señor Juan Alberto Orozco Velásquez. Así se infiere de la copia de la historia clínica enviada por la Directora Médica de la Clínica Santa Marta⁷⁸.

8.4. Ante esta nueva situación, relacionada con el fallecimiento del señor Juan Alberto Orozco Velásquez, la Sala considera que en este evento se presenta la carencia actual de objeto por daño consumado. De acuerdo con los supuestos fácticos y la pretensión de la acción de tutela, el daño que se ocasionó al señor Gómez Vicente, se concretó en el hecho de no permitírsele ejercer como tercero con interés dentro de la acción de tutela impetrada por la progenitora de Juan Alberto Orozco Velásquez.

Lo anterior significa que lo que pretendía defender el señor Gómez Vicente era su derecho al debido proceso, como representante de Orozco Velásquez, dentro de aquella acción de tutela; sin embargo, hoy ya no es posible ejercer la defensa de los intereses indicados, simplemente porque Juan Alberto Orozco Velásquez pereció⁷⁹.

De otro lado debe tenerse en cuenta que el deceso de Orozco Velásquez ocurrió el 9 de

noviembre de 2016, es decir, cuando aún se hallaba en trámite la presente tutela, por tanto, sería inocuo declarar en esta ocasión la nulidad de la tutela tramitada por la accionada, para que se vincule al señor Gómez Vicente a un trámite donde el agenciado Orozco Velásquez ya falleció.

8.5. En síntesis, pese a que se concederá el amparo, lo cual determine al revocatoria de las decisiones de instancia que negaron la tutela, la Sala se abstendrá de dar órdenes en torno a la accionada y, en su lugar, se declarará la carencia actual de objeto por daño consumado, puesto que el señor Juan Alberto Orozco Velásquez falleció estando en trámite esta tutela.

IV. CONCLUSIÓN.

1. De acuerdo con la situación fáctica planteada, a la Sala Sexta de Revisión le correspondió determinar si el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Santa Marta vulneró el derecho al debido proceso del accionante y su representado, al no haberlo vinculado a la acción de tutela interpuesta contra la Clínica Bahía, ni permitirle impugnar el fallo, con fundamento en que no tenía legitimación y no acreditó la existencia de la congregación “Testigos de Jehová”.

2. Revisado el material probatorio obrante en el expediente, la Sala estableció la existencia de un documento a través del cual el “Testigo de Jehová” designó como “representante sustituto para la atención médica” al accionante a fin de que decidiera por él, en caso de hallarse incapacitado, sobre la transfusión de sangre.

3. Se constató que el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, dentro del trámite de la acción de tutela, incurrió en una indebida integración del contradictorio por no vincular a un tercero con interés ni permitirle que impugnara el fallo, lo que conllevaría a que se dejara sin efecto todo lo actuado a partir del auto admisorio, y ordenar al despacho judicial accionado que notificara nuevamente aquella pieza procesal a las partes y a los terceros con interés en la decisión.

4. No obstante, como el representado del accionante Iván Jesús Gómez Vicente falleció,

estando en trámite la presente acción de tutela, la Sala consideró que se consolidó la carencia actual de objeto por daño consumado y, en esas condiciones, se abstuvo de dar las respectivas órdenes, puesto que las que se dieran resultarían inocuas. Todo ello con fundamento en el artículo 6º, numeral 4º, del Decreto Estatutaria 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corporación.

5. En ese sentido, se dispondrá revocar las decisiones de los jueces constitucionales de instancia y, en su lugar, se concederá el amparo al derecho al debido proceso; empero, se declarará la carencia actual de objeto, puesto que esta Sala comparte la tesis de que no se puede confirmar un fallo que es contrario a la Carta80. De otro lado, se prevendrá al Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de control de Garantías de Santa Marta para que a futuro se abstenga de incurrir en actuaciones como las ocurridas en este caso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR las sentencias proferidas el quince (15) de noviembre y dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciséis (2016), por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta y el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de la misma ciudad, respectivamente, que negaron la tutela y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por daño consumado, conforme lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

Segundo. Prevenir al Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Santa Marta para que a futuro se abstenga de reincidir en acciones como las acaecidas en este evento.

Tercero. Líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

ROCIO LOAIZA MILIAN

Secretaria (e.)

1 De 22 años de edad.

2 Radicado 2016-0118-00, obrante a folios 75 y ss. del cuaderno de primera instancia.

3 No había sido enviado de la primea instancia a la Corte.

4 Dos días después de haberse emitido por el Juzgado 5º Penal Municipal con funciones de Control de Garantías la medida provisional para el suministro de los tratamientos respectivos.

5 Fl. 89 c. 1ª. instancia.

6 Fl. 94 c. 1ª instancia.

7 Fls. 88 a 97 c. 1ª instancia

8 Fls. 171 y ss. cuaderno de revisión.

9 Fls. 71 y ss. c. rev.

10 Fl. 104 y ss. cuaderno de 1ª instancia.

11 Fls. 108 a 115, cuaderno de 1ª instancia.

12 Fl. 27 cuaderno de segunda instancia.

13 Consideró la Defensoría que el asunto objeto de análisis presenta dos aspectos que en su criterio justifican la revisión. En primer término, hizo alusión a la negativa del paciente a la transfusión de sangre que, el cual, además de aparecer “en un documento previo, genérico y a juicio de la defensoría, con cierto grado de ambigüedad en algunos de sus apartes”, tampoco cumple con los otros requisitos expuestos por la jurisprudencia constitucional, como “la verificación de tratamientos alternativos o posibilidades de recuperación puesto que se encontraba en estado de coma inducido”. En segundo lugar, consideró relevante que la Corte se pronuncie en torno a la tensión “entre la madre del señor Orozco Velásquez, quien presentó solicitud de tutela y logró que a su hijo le realizaran la transfusión sanguínea, y el señor Iván Jesús Gómez Vicente, quien se presentó como tutor religioso del señor Orozco y quien solicitó ser oído en sede de tutela, al entender que representaba los intereses del paciente desde el punto de vista de sus convicciones religiosas” (fls. 3 a 9 cuaderno de revisión).

14 Integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido y Luis Guillermo Guerrero Pérez.

15 Fls. 207 y ss. c. de rev.

16 Estas copias fueron fotocopiadas en esta instancia, toda vez que el expediente T-6.264.957 se hallaba en esta Corporación.

17 Fls. 171 y ss. c. de rev.

18 Fls. 186 y ss. c. de rev.

19 Fls. 193 y ss. c. de rev.

20 Fls. 200 y ss. c. de rev.

21 Fl. 203 c. de rev.

23 Fls. 207 y ss. c. de rev.

24 Fls. 95 y ss. c. de rev.

25 Fls. 117 a 156 c. de rev.

26 En sentencias T-701 y 474 de 2011, T-813 de 2010 y T-272 de 2014, entre otras.

27 Sentencia C-059 de 2006.

28 Salvedad sobre la cual puede consultarse las sentencias T-121 de 1999 y T-218 de 2012.

29 La Corte ha señalado que la libertad es la posibilidad de actuar sin ser castigado por lo que se hace, puesto que si se es penado por lo que se hace no se es libre: "(...) la libertad radica en la posibilidad de escoger, el que no escoge no es libre, si se sanciona o penaliza a una persona con su escogencia se está negando la libertad. Lógicamente salvaguardado los límites constitucionales. // En consecuencia, en la libertad deben siempre existir como mínimo dos opciones, esto con el propósito que el individuo ejerza su libertad eligiendo por cual opta. // De presentarse sólo una opción o aún más grave, no existiendo la posibilidad de escoger, no podemos hablar de libertad". Sentencia T-052 de 2010.

30 A través de la cual se generaron grandes cambios puesto que se reivindicaron "el carácter laico del Estado, a saber: (i) desvinculó al Estado de un credo particular, (ii) reconoció el carácter pluralista del Estado Social de Derecho, (iii) excluyó el confesionalismo, (iv) consagró la plena libertad religiosa y el tratamiento igualitario de todas las confesiones, y (v) proscribió el favorecimiento o exaltación de una religión específica". Sentencia T-152 de 2017.

31 Según el cual: "Cuando un receptor en uso normal de sus facultades mentales, y en forma libre y consciente, decide no aceptar la transfusión de sangre o de sus hemoderivados, deberá respetarse su decisión, siempre y cuando ésta obre expresamente por escrito, después que el médico tratante la haya advertido sobre los riesgos existentes" (artículo 50),

32 Sentencias T-823 de 2002 y T-052 de 2010.

33 Sentencia C-641 de 2002.

34 Sentencia C-980 de 2010.

35 Autos 281A de 2010, 252 de 2007, 130 de 2004, 238 de 2001 y 073 de 2006.

36 Auto 021 de 2000.

37 Auto 115A de 2008.

38 Auto 065 de 2010.

39 Auto 025A de 2012.

40 Auto 025^a de 2012.

41 Al respecto pueden consultarse, entre otros, los autos No.241 de 2001, 091 de 2002, 130 de 2004, 018 de 2005, 054 de 2006, 234 de 2006 y 132 de 2007.

42 Auto 2195 de 2008.

43 Auto 027 de 1997.

44 Ibidem

46 “Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”.

47 Sentencia T-406 de 2017.

48 Sentencias T-406 de 2017, SU-288 de 2016, SU-173 de 2015, T-467 de 2015, T-004 de 2013, T-109 de 2011, T-531 de 2002, T-452 de 2001, T-342 de 1994, T-414 de 1999, T-422 de 1993, T-421 de 2001, T-044 de 1996 y T-088 de 1999, entre otras.

49 Autos 091 de 2002, 265 de 2002, 220 de 2012.

50 Sentencia T-034 de 1994.

51 “Parágrafo. Las nulidades por proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermitir íntegramente la respectiva instancia,

son insaneables”.

52 Autos 132 de 2007 y 109 de 2005. En esos eventos, la Corte ha declarado la nulidad de los procesos de tutela en los eventos en que los jueces no tramitan la apelación, debido a que nunca efectuó diligencia alguna.

53 Autos 25A de 2012, 381 de 2008, 252 de 2007, 189 de 2005, 262 de 2002 y 301 de 2001. Las Salas de Revisión han optado por la nulidad del proceso, cuando los jueces de primera instancia omiten notificar el fallo. Este error pretermite el procedimiento de impugnación, en la medida que el afectado no puede promover el recurso de apelación para que el superior jerárquico analice el asunto, pues no conoció la providencia que debe atacar.

54 Sentencia T-661 de 2014.

55 Fls. 75 y 76 c. 1ª instancia.

56 Fls. 52 a 64, c. 1ª instancia.

57 De quien nada se sabe al respecto.

58 Ver, entre otras, sentencias T-227 de 2006, T-585 de 2005, C-889 de 2002, T-594 de 1999, T-389 de 1997 y T-501 de 1992.

59 Sentencia T-363 de 2013.

60 Fl. 81 c. de 1ª instancia

61 Autos 065 de 2010, 065 de 2013 y 035 de 2016.

62 Fls. 95 y ss. c. de rev.

63 Sentencia T-423 de 2017.

64 Sentencia T-519 de 1992, reiterada en sentencias T-311 de 2012, T-030 y T-423 de 2017, entre otras.

65 Sentencia T-685 de 2010. Subrayado por fuera del texto original.

66 Reiterada en sentencia T-532 de 2012.

67 Sentencia T-970 de 2014. Así mismo puede verse las sentencias T-021 y T-423 de 2017.

68 Sentencia T-030 de 2017.

69 Sentencias T-423 y T-030 de 2017.

70 Sentencia T-253 de 2004.

72 Sentencia T-873 de 2001.

73 “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

74 “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

75 “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

76 “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de

conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

77 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

78 Fls. 200 y ss. c. de rev.

79 Fls. Ibídem.

80 Sentencia T-271 de 2001.