

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
SALA DE DECISIÓN PENAL
MAGISTRADO PONENTE
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, primero (01) de julio de dos mil once (2011).

Aprobado por Acta No. 0416

Hora: 10:30 a.m

1.- VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído la impugnación interpuesta por el Fiscal Dieciocho Seccional de esta ciudad, contra el fallo de tutela proferido por el señor Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, con ocasión de la acción instaurada contra la Defensoría Regional del Pueblo Seccional Risaralda.

2.- DEMANDA

El citado Fiscal Dieciocho Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Pereira, en virtud de lo normado en el artículo 250 numerales 6 y 7 de la Constitución Política de Colombia, en el artículo 44 inciso segundo *ibidem*, y en los artículos 132 a 137 del Código de Procedimiento Penal, interpuso acción de tutela en defensa de los derechos fundamentales póstumos de los adolescentes fallecidos y de las ciudadanas LUZ MARINA DAZA identificada con c.c. 29.329.257 de Caicedonia -Valle- (quien en el asunto penal con radicado N° 660016000035200700558 fungió como madre del occiso N.E.C.D -17 años-) y de

MARÍA RUBIELA QUINTERO identificada con c.c. 34.384.415 de Pereira (quien de la misma forma en el radicado N° 660016000035200700942 figura como madre del occiso J.A.C.Q -16 años-).

En los anteriores procesos penales, la Fiscalía General de la Nación actuando a través de su delegado solicitó de manera separada la preclusión de las dos indagaciones, razón por la cual, mediante los oficios F-18 -093-11 del 18-02-11 y F-18-142-11 del 10-03-11, le solicitó a la Defensoría del Pueblo asignarle a las víctimas su respectivo representante, toda vez que por tratarse de menores de edad víctimas del injusto, se hacía necesaria la intervención a través del servicio de DEFENSORÍA PÚBLICA según los artículos 196 y 197 de la Ley 1098 de 2006.

Posteriormente, el 29-03-11, mediante oficio dirigido a esa delegada, se negó la asistencia jurídica a las víctimas, bajo el argumento que los menores ya están fallecidos, es decir, que al estar representados por sus madres, son los derechos de éstos últimos los que se reclaman, pero ellas se encuentran al margen de los programas de asistencia por ser mayores de edad y por tanto el servicio está a cargo de la Fiscalía General de la Nación. Tal solicitud fue reiterada, pero el Defensor del Pueblo Regional insistió en su postura negativa y además indicó que la intervención de esa Defensoría del Pueblo se tiene prevista para el juicio o durante el incidente de reparación integral y no en una audiencia de preclusión como el caso propuesto.

A juicio del citado funcionario, en los casos de *homicidio*, son víctimas tanto el fallecido (su memoria debe ser honrada) como su familia. Todos ellos tienen derecho no sólo a la reparación, sino a buscar la justicia y la verdad, por eso, cuando la Defensoría del Pueblo Regional Risaralda manifiesta que no puede nombrar un Defensor Público para representar a las madres de unos adolescentes fallecidos porque ellas son mayores de edad, se está desconociendo la doctrina constitucional y la normatividad internacional, porque el interés superior del niño es el que justifica la intervención estatal.

La Defensoría del Pueblo atenta contra el derecho al debido proceso en cuanto al acceso a la administración de justicia, cuando le niega a los perjudicados por un *homicidio* en persona menor de edad el acompañamiento de abogados pagados por el Estado que cuentan con funciones precisas y claras en aras de darle prevalencia al interés superior del niño; por tanto, no se puede entender que la exigencia del artículo 196 de la Ley 1098 de 2006 se extienda solo al juicio y al incidente de reparación, por el contrario, el acompañamiento profesional debe percibirse en todas las etapas del proceso, incluida la de indagación. Además, la diligencia de preclusión retiene un carácter protagónico para la víctima.

Como quiera que se viola el derecho a la unidad familiar cuando se pretende borrar la memoria del menor fallecido, y se incurre en una práctica discriminatoria -derecho a la igualdad- cuando se avala el servicio de defensoría pública en los casos de menores víctimas vivos y se niega para el caso de menores víctimas fallecidos como si el segar la vida de una persona tuviera menor valor que la simple mengua de ese derecho, solicita tutelar esas garantías y como lógica consecuencia ordenar al Defensor del Pueblo Regional Risaralda DR. LUIS CARLOS LEAL VÉLEZ o quien haga sus veces, que en el término perentorio de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, asigne abogados para que atiendan a las víctimas referidas con cargo al sistema nacional de Defensoría Pública, y adicionalmente prevenir al Defensor del Pueblo para que no vuelva a incurrir en la actitud que dio origen al presente trámite constitucional.

3.- TRÁMITE Y FALLO

3.1.- Recibida la demanda, el despacho la admitió y le corrió traslado al representante de la Defensoría Pública Regional, entidad que en ejercicio del derecho de defensa presentó escrito mediante el cual argumentó: (i) el Fiscal Dieciocho de Delegado ante los Juzgados Penales del Circuito no se

encuentra legitimado para incoar la presente demanda, puesto que a pesar de que actúa a favor de terceras personas, la acción de tutela habilita única y exclusivamente para demandar a quienes se les están vulnerando o amenazando sus derechos fundamentales, y en este caso se afecta de manera directa a las representantes legales de los menores fallecidos y por tanto deben ser ellas las que promuevan la acción; (ii) en esta oportunidad no se actúa a través de apoderado judicial, y el accionante tampoco ostenta la calidad de agente oficioso, puesto que para hacer uso de esta figura jurídica, es necesario que el titular de los derechos fundamentales no esté en condiciones de promover su propia defensa, por ello, se debe rechazar la demanda por falta de legitimación en la parte activa; (iii) disiente de la solicitud relacionada con que se prevenga al representante de esa entidad para que no vuelva a incurrir en la actitud que dio origen al trámite, puesto que tal pretensión se torna genérica y olvida los efectos inter-partes que produce esta clase de mecanismos; (iv) a su modo de ver se está frente a una de las causales de improcedencia de la acción de tutela por cuanto según el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la tutela no procede cuando existen otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pero en el caso propuesto el señor Fiscal Dieciocho cuenta con otros medios judiciales para hacer efectivos los derechos de las víctimas dentro del proceso penal, como es el caso de asignarles a la señora LUZ MARINA DIAZA y MARÍA RUBIELA QUINTERO un estudiante de consultorio jurídico o en su defecto un defensor de oficio -artículo 196 Código de la Infancia y la Adolescencias, artículo 137 C.P.P.-; (v) los derechos fundamentales se predicen de las personas vivas y culminan con la muerte, no es posible entonces y bajo la apreciación del señor Fiscal asignar un Defensor Público a unos menores ya fallecidos para la protección de sus derechos fundamentales; (vi) la Defensoría no desconoce la calidad de víctima de los menores fallecidos ni de sus representantes legales, lo que argumenta es que no le corresponde asistir a los adultos sino a los niños, niñas, adolescentes víctimas durante el juicio y el incidente de reparación integral -

artículo 196 inciso 2 del C.I.A., dejando al titular de la persecución penal la garantía de los derechos de las víctimas en etapas anteriores a las señaladas, como es el caso de la preclusión; (vii) las madres de los fallecidos no han presentado ninguna solicitud; y (viii) para la entidad es inexplicable que el Fiscal decline de la persecución penal y a la vez les reclame a ellos una intervención directa y obligatoria para garantizar a las víctimas los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

3.2.- Una vez agotado el término constitucional el despacho de primera instancia profirió decisión desfavorable a los intereses del actor, providencia de la cual se extractan las siguientes consideraciones: (i) se debe tener en cuenta que respecto de quienes se reclama por la asignación de un defensor público, fallecieron en el atentado del que fueron objeto, y, por tanto, ya no se les puede tener como víctimas, pues aunque lo fueron mientras vivían, al fallecer quedaron como sujetos pasivos de una acción criminal, en este caso el *homicidio*; (ii) de la revisión hecha a la demanda puede establecerse claramente que el señor Fiscal accionante solicitó los servicios de la Defensoría del Pueblo para que asignara a dos de sus defensores para representar a las víctimas -dos menores fallecidos por muerte violenta y a sus respectivos padres- en dos actuaciones en el interior de las cuales aspira llevar a cabo audiencia de preclusión a favor de los indiciados, y ante la respuesta negativa de la defensoría, el titular de la Fiscalía 18 Seccional interpone la acción constitucional agenciando los derechos de los menores fallecidos y los de sus ascendientes, en este caso sus padres, de donde se concluye que en dicho evento se presenta un problema serio en materia de legitimidad por activa, tal como lo alega la Defensoría del Pueblo, porque no se puede reclamar la efectividad de un derecho de alguien ya fallecido, en ese evento solo se pueden reclamar los perjuicios generados con el deceso; y (iii) en lo que corresponde a la agencia oficiosa, no se dan los supuestos mínimos de ley para su reconocimiento, toda vez que, si bien es cierto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 se establece que pueden agenciarse derechos ajenos "cuando el titular no esté en condiciones de promover su propia

defensa", también lo es que esa incapacidad debe ser real y manifiesta, pero en el presente caso se evidencia que los padres de los menores fallecidos no se encuentran incapacitados para ejercer por sí mismos la acción tutelar, porque no obra elemento de juicio alguno que así lo indique; por el contrario, se infiere que pueden interponerla en forma directa o designar un profesional para que lo haga, si en realidad ese es su deseo.

4.- IMPUGNACIÓN

En tiempo oportuno el Fiscal Dieciocho Seccional impugnó el fallo de primera instancia. Del escrito se pueden extraer los siguientes argumentos: (i) en el fallo de primer nivel se recomienda la lectura de varios artículos de la ley 906 de 2004 y de la ley 1098 de 2006, así como de las sentencias C-516 de 2007, C-823 de 2005 y T-510 de 2009, pero de ninguna manera se hace un análisis del contexto de las citadas normas y jurisprudencias, y tampoco se exponen las razones que demeritan lo expuesto por el Delegado de la Fiscal General de la Nación en su escrito de tutela, motivo por el cual se solicita a la segunda instancia el análisis de fondo de los argumentos planteados en el escrito inicial del trámite; (ii) considera que afecta el derecho a la tutela judicial efectiva el hecho que un juez de la República omita el razonamiento de los argumentos de uno de los extremos procesales (en este caso el de la Fiscalía) y decida de manera genérica citando y recomendando lecturas de unas jurisprudencias que en nada avalan lo consignado en su decisión; y (iii) la Fiscalía tiene dentro de sus funciones actuar en nombre de las víctimas y ello la habilita para incoar acciones constitucionales -art. 250. numerales 6 y 7, modificado A.L. 03/2002, art. 2º-. Adicionalmente, la coadyuvancia de doña LUZ MARINA DIAZA y la calidad de víctimas de los menores de edad, ratifican la legitimación para acudir a la acción de amparo.

5.- POSICIÓN DE LA SALA

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, de conformidad con las facultades conferidas en los artículos 86 y 116 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1382 de 2000.

5.1.- Problema jurídico planteado

De conformidad con la apelación del recurrente, debe determinar la Sala el grado de acierto o desacierto de la decisión de primer nivel que concluyó que en el caso particular se presentó una falta de legitimación por activa que hizo necesaria la negación de la tutela interpuesta.

5.2.- Solución a la controversia

La acción de tutela ha sido por excelencia el mecanismo más expedito en materia de protección de derechos fundamentales, gracias a ella el Estado Colombiano logró optimizarlos y hacerlos valer a todas las personas sin discriminación alguna.

En esta oportunidad, de conformidad con lo advertido por el delegado de la Fiscalía que propone el amparo constitucional, debe este Tribunal establecer si le asisten razones a su disenso o si, por el contrario, la solución que a la controversia dio el juez de primer nivel es apropiada y se ajusta a los lineamientos legales y jurisprudenciales que rigen la materia. Para ello resulta importante advertir que una vez revisado el trámite, se advierten tres puntos básicos de discusión que serán analizados por separado, para finalmente lograr una decisión justa y acorde con las garantías constitucionales que se pretenden hacer valer, si es que a ello hay lugar.

Ellos son: (i) la legitimidad por activa en la persona del Fiscal Dieciocho Seccional; (ii) la calidad de víctima de los menores y los derechos

fundamentales que tienen después de su deceso; y (iii) la obligación de la Defensoría del Pueblo de suministrar un Defensor Público que asista a esos menores fallecidos durante la audiencia de preclusión.

- Legitimidad del Fiscal Dieciocho Seccional para invocar acción de tutela a favor de los menores N.E.C.D y J.A.C.Q, quienes fueron víctimas en dos procesos que adelanta la citada delegada.

A pesar de que la acción de tutela tenga un trámite preferente, sumario y carente de mayores exigencias formales, tal condición no se puede convertir en excusa para quebrantar las normas básicas establecidas para la representación dentro de un trámite judicial¹. Según la H. Corte Constitucional: “[...] la exigencia de la legitimidad activa en la acción de tutela, no corresponde a un simple capricho del legislador, sino que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo.[...]”²

Si bien es cierto, la informalidad de la acción de tutela tiene como sustento el hecho de que cualquier ciudadano pueda acudir a ella de una manera ágil y oportuna, la H. Corte Constitucional ha sido reiterativa en dar claridad a las formas como puede actuarse durante el transcurso de la solicitud de un amparo constitucional y en principio ha indicado que la legitimación por activa para instaurar acción de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.

Sin embargo, a partir de las normas de la Constitución y del Decreto 2591 de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano permite varias modalidades

¹ Se hace referencia al artículo 67 del C.P.C, que expresamente consagra: “para que se reconozca la personería de un apoderado es necesario que éste sea abogado inscrito y que haya aceptado el poder expresamente o por su ejercicio”. Además, el artículo 44 ibídem, en su parte pertinente dice: “[...] las personas jurídicas comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos [...]”

² Sentencia T-899 de 2001.

para la promoción de la misma: “[...] (i) el ejercicio directo de la acción de tutela, por el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados; (ii) su instauración por medio de los representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas); (iii) el ejercicio por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso, o en su defecto el poder general respectivo; (iv) el ejercicio por medio de agente oficioso, cuando el titular del derecho se encuentra en imposibilidad de agenciar sus propios derechos; y (v) **el ejercicio por funcionarios constitucional o legalmente facultados para el efecto** (Defensor del Pueblo, Personeros Municipales, Procurador General de la Nación.). En todos los eventos se actúa por cuenta de la persona que ostenta la titularidad del derecho.[...]”³ -negritas nuestras-

En consecuencia, el anterior extracto jurisprudencial permite colegir que contrario a lo expuesto por el juez a quo, en este caso la Fiscalía Dieciocho Seccional sí está facultada para abogar por los derechos fundamentales de los menores víctimas dentro de los procesos penales que pone de presente - aunque hayan fallecido-, puesto que como bien lo adujo su representante en la demanda, existen normas Constitucionales que así lo autorizan, en especial, el artículo 250 en sus numerales 6 y 7, que fue modificado por el art. 2º del Acto Legislativo 03 de 2002, último de los cuales expresamente señala: “7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal[...]”.

Incluso la H. Corte Constitucional en la sentencia T-458 de 2010 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, reitera esa obligación de la Fiscalía General de la Nación, cuando en uno de sus apartes dijo:

“[...] 1.1 La Corte ha reiterado que el Estado tiene la obligación constitucional de proteger los derechos de las víctimas de hechos punibles. Así se desprende del deber de las autoridades de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia (Art 2 C.N), del principio de dignidad humana (Art. 1 C.N), del derecho de acceso a la administración de justicia (Art. 229 C.N) y

³ Sentencia T-738 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

del deber de asistencia que tiene el Fiscal General de la Nación respecto de las víctimas dentro del proceso penal (Art. 250 C.N).

Estos derechos hacen parte de un amplio catálogo que tiene como "columna vertebral" los derechos a la **verdad**, la **justicia** y la **reparación**. Ellos "se erigen como bienes cardinales de toda sociedad que se funde en un orden justo y de pacífica convivencia, entre los cuales median relaciones de conexidad e interdependencia, de manera tal que: No es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia" [...] -negrillas fuera de texto-

Afirma el fallador de instancia que en la presente actuación concurre un problema grave de falta de legitimidad porque no se puede reclamar un derecho de alguien ya fallecido, dado que en este evento lo único que se reclaman son los perjuicios generados con ese deceso, y que por tanto queda el ejercicio de la acción para procurar la asistencia de los padres de esos jóvenes, situación que torna al Fiscal en agente oficioso de estos últimos, pero para ello no se dan los supuestos mínimos que la norma exige, esto es, que el titular del derecho no esté en condiciones de promover su propia defensa, y en este caso ninguna manifestación se hizo al respecto.

Disiente de la anterior afirmación esta Sala, en cuanto como se vio, en esta oportunidad el Delegado Fiscal no interviene o intenta la acción de tutela como agente oficioso de las madres de los adolescentes fallecidos, ni como apoderado judicial, sino en su calidad de **garante constitucional de las víctimas de los procesos penales que dio a conocer en la instancia** -tal como lo haría por ejemplo un personero municipal-. Trámites que adquieren una excepcional relevancia por tratarse del asesinato de dos menores de edad que en vida disfrutaban de una condición constitucional especial que no puede desconocerse⁴.

⁴ "[...] **4. Los derechos de los niños en la Constitución de 1991.** La Constitución Política destaca la protección especial de los menores de edad en su artículo 44, según el cual los derechos de los niños y niñas tienen carácter especial y prevalente y son de naturaleza fundamental. Algunos de esos derechos son: a **la vida**, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, tener una familia y no ser separados de ella, la educación, la cultura, la recreación y la libre expresión de su

Así mismo, en contraposición a lo dicho por el representante de la entidad accionada, ninguna extrañeza causa la actitud asumida por el Fiscal Dieciocho Seccional al pretender que dentro de los procesos que adelanta se garanticen los derechos fundamentales de quienes se duelen de la muerte de esos infantes, por el contrario, se trata de un fin responsable y altruista que busca garantizar la verdad procesal, la recta impartición de justicia, pero ante todo, el reconocimiento de esa condición constitucional especial de la que gozan los adolescentes en Colombia.

- Calidad de víctima de los menores y los derechos fundamentales que tienen después de su deceso violento.

En la situación fáctica que se presenta ante esta instancia, pretende el interesado que se reconozca la importancia y especialidad de dos procesos que a la fecha adelanta su despacho, en los cuales de manera violenta perdieron la vida dos adolescentes, para que de esa manera se designe como apoderado de las víctimas a un Defensor Público, pretensión que fue negada por el representante de la Defensoría del Pueblo Regional Risaralda, entre otras razones porque esa entidad considera que los derechos a la reparación del daño económico causado, a la verdad y a la justicia, solo le asiste a quien haya sufrido algún daño como consecuencia del injusto, y no al fallecido, circunstancia que hace improcedente su intervención ya que esa

opinión. Además, también gozarán de los demás derechos establecidos en la Constitución, las leyes y en los tratados internacionales.

La Constitución reconoce no sólo la índole fundamental de los derechos de los niños y niñas y su prevalencia sobre los derechos de los demás, sino también la protección de la cual deben ser objeto y **el compromiso** de la familia, de la sociedad y **del Estado de asistir y protegerlos a fin de garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.**

El derecho a la vida de los niños ha sido establecido en infinidad de normas de carácter nacional e internacional⁴ y la Corte Constitucional ha sido fecunda y prolifera en la producción de jurisprudencia relativa a la protección de ese y de los demás derechos de los niños”.

Regional no cuenta con un programa de atención a mayores de edad aunque sean padres de un menor asesinado.

Obviamente con la muerte biológica culmina la existencia de una persona y en virtud a ello -en principio- ya no puede ser titular de derechos, dado que por su naturaleza subjetiva son en sí mismos derechos personalísimos ligados a la existencia misma del individuo; sin embargo, esa afirmación no puede ser tajante puesto que se torna discutible que algunas garantías perduren después de esa desaparición, tal es el caso de los efectos patrimoniales, el derecho a la dignidad, a la imagen y a la memoria a los que se les puede asignar eficacia post mortem, y que pueden ser reclamados por los familiares legitimados o por el Estado en uso de su función punitiva.

Sobre el tema de los derechos fundamentales de la persona fallecida se pronunció la H. Corte Constitucional en la Sentencia SU-540 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis, y con relación a lo expuesto en el párrafo anterior dijo:

“[...] En otros casos⁵ la Corte ha reconocido la procedencia de la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales tanto a la intimidad individual, como la familiar, y a la igualdad, por hechos sucedidos en relación con una persona ya fallecida. En efecto, en este caso la madre de un joven fallecido invocó la tutela para la protección de sus derechos fundamentales, los cuales estimó vulnerados por haberse injuriado la memoria de su difunto hijo con la divulgación de información relacionada con su intimidad en vida. Uno de los asuntos preliminares que se estudió en ese fallo fue la legitimación de la madre para solicitar la tutela del derecho a la intimidad de su hijo muerto y la Sala Octava de Revisión consideró que la tutela era procedente⁶ [...]”

⁵ En la sentencia T-526 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis, reiterada en las sentencias: T-787 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-526 de 2004 y T-592 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis; T-1066 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería y T-440 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶ Las consideraciones que presentó la Sala en ese caso, entre otras, fueron las siguientes: “Como se advirtió, YY alega la vulneración de sus derechos a la intimidad, vida, integridad personal e igualdad, no obstante la Sala observa que la información

Con esa misma línea de pensamiento, en contraposición a lo aducido por la Defensoría del Pueblo y el juez a quo, en uso de la analogía, se puede afirmar que en este caso particular es viable la protección de los derechos fundamentales del fallecido puesto que los efectos de su muerte los sufre su familia, quien tiene todo el interés en que el proceso mediante el cual se pretende establecer la responsabilidad y la verdad de lo ocurrido, esté revestido de todas las garantías legales y constitucionales que el Estado brinda, pero sobre todo, que esas garantías sean especialísimas en razón a la edad de los extintos, puesto que resulta innegable que las garantías que

difundida por la accionada sobre aspectos de la vida sexual de NN no se relacionan con la demandante, de suerte que ésta, prima facie, no estaría legitimada para invocar tal protección. No obstante la actora es la madre de NN y la Constitución Política protege tanto la intimidad individual, como la familiar, y así mismo dispone que la honra y la dignidad de la familia son inviolables –artículos 15 y 42 C.P.-⁶

De tal forma que la demandante en su condición de madre de NN, y por ende perteneciente a su grupo familiar, bien puede sentirse agraviada por la información, a su decir “falsa, irresponsable y malévola”, que fue difundida por la accionada mediante un comunicado de prensa. Y divulgada por los medios de comunicación el 5 de marzo de 2001.

En consecuencia **la señora YY está legitimada para iniciar la presente acción, con miras a que la información que la accionada divulgó sobre su hijo sea rectificada, en cuanto, en desarrollo de sus derechos constitucionales a autodeterminarse y mantener la honra de su familia, puede ampliar su intimidad con la de su hijo muerto –Arts. 16, 15 y 42 C.P.-.** “Paralelamente debe recordarse que **nuestro Ordenamiento Superior se funda en el reconocimiento de la dignidad humana y que ha instituido a las autoridades para proteger, entre otros bienes, la honra y las creencias de todos los residentes en el territorio**, de tal manera que **las autoridades están obligadas a respetar la intimidad de las familias de las personas fallecidas**, informándoles, y de ser posible contando con su aquiescencia, cuando graves y comprobados motivos de interés general justifiquen la divulgación de aspectos atinentes a la vida íntima y personal del integrante de la familia ausente –artículos 1°, 2°, y 15 C.P.-.

Lo anterior, porque la intimidad de la familia es inviolable, de tal manera que los parientes más próximos pueden demandar de las autoridades sigilo sobre la intimidad de todos, y, en caso de que graves y comprobados motivos hagan imperativa su divulgación, objetividad y veracidad sobre las informaciones que publican –artículo 42 C.P.-. Así las cosas, **la Sala no encuentra reparo alguno en el hecho de que la accionante haya iniciado la presente acción por causa de la afección recibida en la intimidad de su hijo muerto, porque, sin lugar a dudas, fueron los agravios que las publicaciones aparecidas en los medios de comunicación infirieron en su dignidad de madre las que la impulsaron a iniciar la presente acción.**

No obstante la Sala debe deplorar el desconocimiento de las garantías constitucionales de los asociados que denota el representante legal de la entidad demandada, como quiera que el facultativo atribuye la actuación de la señora YY al dolor que le produjo la pérdida de un hijo, sin reparar en que, **con independencia de las circunstancias dolorosas que rodean la muerte de un ser querido, los padres y los demás integrantes del grupo familiar tienen derecho a exigir de las autoridades el respeto de la intimidad del occiso, como si fuera la suya propia** –artículos 2°, 15 y 42 C.P.-.” -Negrilla fuera de texto-

se afectaron fueron las de personas que tenían la condición de sujetos de especial protección⁷.

Tal como lo advierte el actor en su escrito, con la negación de la asignación de un Defensor Público, la Defensoría del Pueblo Regional incurre en una desigualdad inaceptable puesto que puede llegar a asignar a uno de sus delegados como apoderado de víctimas -familiares y niño o adolescente- en un caso en el que resultó lesionado un adolescente dada su especial calidad; no obstante, se niega a actuar de esa misma manera en una causa en la que murió un menor de edad, sencillamente porque este último ya no existe. Esta distinción, a juicio de la Sala, carece de sentido ya que irónicamente aunque el fallecimiento es más grave que una lesión, a los padres del niño herido se les acepta y asesora, pero a los progenitores del difunto se les obliga a optar por un abogado de oficio o un alumno de consultorio jurídico.

De otra parte, en la actualidad con ocasión de los desafortunados flagelos que ha tenido que vivir nuestra sociedad, se ha tornado importante el concepto de la *memoria de las víctimas*⁸, del que se ha expresado entre muchas otras cosas que: “trasciende los límites de la vida en términos biológicos y hace parte de los derechos que continúa teniendo el individuo después de su muerte. Esto último se hace patente en el campo de las violaciones al derecho a la vida, porque la víctima, sus familiares, amigos y en general la sociedad poseen derechos que atañen al momento posterior a la muerte: el derecho a homenajear a la persona en el momento de su muerte de forma justa y digna (Antígona), el derecho al duelo y el derecho a ser objeto y sujeto de memoria, es decir, a recordar y a ser recordado. Por

⁷ Es de resaltar que en la esfera mundial también hay una marcada tendencia a la protección especial de los derechos de los niños, eso se comprueba con la existencia de innumerables disposiciones y entidades que propenden por su efectivización; muestra de ello, es la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959, la cual tiene como fin que éstos puedan gozar de una infancia feliz, lo que sólo es posible si se cuenta con el apoyo de los gobiernos de todos los países, quienes deben establecer medidas legislativas que no hagan ilusoria su consecución.

⁸ De hecho, la Ley 975 de 2005 da gran relevancia al derecho a la memoria, y al deber Estatal de difusión de esos crímenes para evitar correr el riesgo de que la sociedad repita esas dolorosas escenas.

eso el Estado debe proteger los derechos que van más allá de la muerte física, y la justicia reparar el daño que contra ellos se ejerza.”⁹.

El derecho a la memoria es perfectamente aplicable en esta oportunidad, dado que quien representa los intereses de la entidad accionada indica que por el hecho de la muerte, lo único que importa son los intereses de sus dueños quienes por ser mayores de edad no están consagrados en sus programas de protección, es decir, se olvida la calidad que en vida ostentó la víctima directa, estableciendo una desigualdad injusta.

No se puede olvidar que el afectado con el hecho delictivo es un adolescente y que por tal motivo, independiente de la existencia biológica de ese ser, la causa ya está revestida de una excepcional relevancia porque lo que se busca es evitar la proliferación de ese tipo de sucesos.

En conclusión, tampoco comparte la Magistratura la posición asumida por la instancia con relación a la inexistencia de derechos de los adolescentes fallecidos en las causas que investiga la Fiscalía General de la Nación.

- Obligación de la Defensoría del Pueblo de suministrar un Defensor Público que asista a los parientes y a los menores fallecidos durante la audiencia de preclusión.

Otro de los argumentos que plantea en esta oportunidad la accionada para evitar el nombramiento de defensores públicos de las víctimas en los casos relacionados en la demanda de tutela, es que el artículo 196 inciso 2º del Código de la Infancia y la Adolescencia indica que a la Defensoría del Pueblo le corresponde asistir a los niños, niñas, adolescentes víctimas, durante el

⁹ Tomado de escrito redactado por Iván Cepeda Castro, político colombiano nacido en Bogotá, en 1962. Es el vocero oficial del Movimiento de víctimas de crímenes de Estado (MOVICE), organización nacida en 2003 con el fin de agrupar a los familiares de víctimas de *crímenes de lesa humanidad* y las organizaciones que trabajan por los *derechos humanos*. Su labor en el campo de los derechos humanos le hizo merecedor del Premio Medalla de la Libertad Roger Baldwin en 2007.

juicio y el incidente de reparación integral, dejándole al titular de la persecución penal la garantía de los derechos de las víctimas en etapas anteriores a las relacionadas, como el caso de la preclusión.

En efecto el mencionado inciso contempla: “[...] Los niños y niñas víctimas, tendrán derecho a ser asistidos durante el juicio y el incidente de reparación integral por un abogado (a) calificado que represente sus intereses aún sin el aval de sus padres y designado por el Defensor del Pueblo”. El enunciado no incluye una taxatividad obligada que no permita interpretaciones favorables, es decir, el hecho de que solo hable de esas dos etapas procesales no traduce que sea irracional pretender que dadas las condiciones especiales del afectado con el injusto penal, ese acompañamiento pueda darse en otros escenarios del proceso, por ejemplo, en la audiencia de solicitud de preclusión en la que se podrá establecer la viabilidad o no de seguir adelante la acción penal.

La preclusión en estos casos se torna una diligencia sumamente importante por cuanto de allí depende la persistencia o no de la persecución penal (en este último evento con efectos de res iudicata), dado lo cual, es innegable que la asistencia de un profesional altamente calificado para ello, puede ser la carta de salvación a una eventual impunidad que solo sea advertida por éste.

Ahora, con relación a que esa defensa y acompañamiento lo puede llevar a cabo un abogado de oficio o un estudiante de consultorio jurídico, se acepta la inferencia que hace el Fiscal Dieciocho Seccional cuando indica que esa distinción se justifica por el acompañamiento más riguroso que requieren los casos en los que están en juego los intereses de un menor de edad.

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, se tiene que al no compartirse los argumentos del juez de primer nivel para negar el amparo constitucional que se reclama, por encontrar plena legitimidad en quien interpone la acción de tutela dada su condición funcional, y acorde con lo analizado en este

pronunciamiento, la Sala revocará la decisión de primer nivel y en su defecto concederá la acción de tutela y dispondrá que dentro del término de 48 horas siguientes contadas a partir de la notificación de esta providencia, designe los Defensores Públicos que reclama el Fiscal Dieciocho Seccional para las causas radicadas bajo los números de radicado 660016000035200700558 y 660016000035200700942; así mismo, se requerirá a esa entidad para que en lo sucesivo sus decisiones se tomen teniendo en consideración la calidad de sujeto especial que la Constitución Política reconoce a determinados grupos de la población que por una u otra manera se encuentran en estado de vulnerabilidad, como lo son los niños, niñas y adolescentes.

6.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

FALLA

PRIMERO: SE REVOCA la sentencia de tutela objeto de este proferimiento.

SEGUNDO: SE CONCEDE la acción constitucional instaurada por el Fiscal Dieciocho Seccional de Pereira, y se **ORDENA** que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes contadas a partir de la notificación de esta providencia, el Defensor del Pueblo Regional de Pereira designe los Defensores Públicos que reclama el Fiscal Dieciocho Seccional de esta ciudad, para las causas radicadas bajo los números de radicado 660016000035200700558 y 660016000035200700942.

TERCERO: Se requiere a la accionada para que en lo sucesivo sus decisiones se tomen teniendo en consideración la calidad de sujeto especial que la

Constitución Política reconoce a determinados grupos de la población que por una u otra manera se encuentran en estado de vulnerabilidad, como lo son los niños, niñas y adolescentes, y, por supuesto, los parientes de éstos.

CUARTO: Por Secretaría se remitirá el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

El Secretario de la Sala,

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES