República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO ONCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD

Medellín, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

Proceso:	Acción de Tutela
Accionante:	Mario Andrés Muñoz Henao
Accionado:	Clínica del Prado S.A
Radicado:	05001 40 03 011 **2020 00554-**00
Instancia:	Primera
Providencia:	**Sentencia Tutela No. 209 de 2020**
Decisión:	Niega Amparo Constitucional.
Tema:	Como quiera que el daño consumado supone la afectación definitiva de los derechos del tutelante y, en consecuencia, se impone la necesidad de pronunciarse de fondo, como ya lo tiene definido la jurisprudencia constitucional sobre la materia, por la proyección que puede presentarse hacia el futuro y la posibilidad de establecer correctivos.

Dentro de la oportunidad consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, se decide la ACCIÓN DE TUTELA, promovida por la **MARIO ANDRES MUÑOZ HENAO,** en contra de **LA CLINICA DEL PRADO S.A.** para la protección de su derecho constitucional fundamental a la libertad de culto.

I. ANTECEDENTES:

1. Fundamentos Fácticos. Manifestó la parte accionante que el día 19 de agosto de 2020, se le practicó un legrado a su esposa Juliana Uran en la Clínica del Prado, por la pérdida de su hijo de 14 semanas de gestación.

Afirma que, posterior a dicho procedimiento les fue consultado si deseaban retirar los restos de su hijo no nacido, a lo cual respondieron afirmativamente ya que profesan la religión católica.

Pese a lo anterior, indica que, previo a retirarse de las instalaciones de la clínica les fue informado que no podían retirar los restos de su hijo, ya que habían sido desechados con los demás restos del desembarazo.

2. Petición. Deprecó la parte actora que se tutelara su derecho fundamental a la libertad de culto, ordenando a la accionada la entrega de los restos de su hijo no nacido con el fin de realizar el ritual fúnebre de acuerdo a su religión.

3. De la contradicción: Debidamente notificadas del auto que admitió la acción de tutela se pronuncian en los siguientes términos:

CLINICA DEL PRADO: Debidamente notificada del auto admisorio de la tutela, la accionada allega escrito a través de su representante legal indicando que, en general los fundamentos facticos de la tutela son ciertos y no se oponen a los mismos.

Afirma que el ordenamiento jurídico colombiano no consagra obligación legal de las entidades prestadoras de salud de entregar los restos anatomopatologicos de todos los productos de embarazos fallidos para que la familia disponga de ellos, por el contrario la ley 9º de 1979 y el decreto 2676 del 2000 expedido por el Ministerio de Salud y Protección social, no son claros en su tenor literal al establecer definiciones para el manejo de residuos humanos los cuales no se acompasan con los conceptos emitidos por la Organización Mundial de la Salud.

Particularmente la resolución 5194 del 2010 expedida por el Ministerio de Salud, reglamenta el procedimiento de cementerios inhumación y exhumación de cadáveres, y esta define que hay lugar a muerte fetal al feto que pese 500 gramos o más, sin que se precise en dicho cuerpo normativo ni en ningún otro el procedimiento a seguir para cuerpos inferiores a dicho peso.

Indica que, la definición de óbito fetal, así como las disposiciones en el manejo de restos por perdida de embarazo no encajan dentro de los conceptos establecidos por la Organización Mundial de la Salud, dentro de las clasificaciones de aborto, como el espontaneo, provocado o inducido, necesarios para la certificación de la defunción.

Pese a lo anterior, afirma que la entidad adoptó dentro de su reglamento interno, la posibilidad de que mediando un consentimiento informado con las explicaciones de las consecuencias ambientales y sanitarias, los familiares decidieran sobre la deposición final de los restos humanos, de acuerdo a sus ritos religiosos, y en igual sentido se dictaminó el proceso a seguir en los casos que estos restos no sean reclamados por sus familiares.

Ahora bien, por un error humano una funcionaria de la clínica dejo de aplicar el reglamento interno y dispuso de los restos del embarazo de los accionantes, lo cual provocó que estos restos se confundieran con otros y resulte ahora imposible determinar cuales corresponden al no nacido**.**

Finaliza su intervención manifestando su oposición a la prosperidad de las pretensiones en sede de tutela, por su imposibilidad material de devolver los restos mortuorios del producto del embarazo de los accionantes.

Insiste en que la desatención del personal de salud obedece a un error involuntario, pero no a la falta de un deber legal, y en gracia de discusión este debe ser debatido en sede judicial ante la jurisdicción ordinaria ya que como es bien sabido la tutela tiene el carácter de residual.

Problema jurídico: Concierne al Despacho, verificar si la entidad accionada está vulnerando el derecho fundamental a la libertad de culto del actor, de acuerdo a la imposibilidad de entregar los restos humanos de su hijo no nacido de 14 semanas de gestación luego del procedimiento medico realizado en dicha entidad.

Al ser ésta la oportunidad legal y al no haber encontrado causal que invalide la actuación, se entra a decir el presente asunto, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES.

1. De la Acción de Tutela.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela, está instituida única y exclusivamente para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales de todas las personas del Estado cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de una autoridad que los desconozca. También procede como mecanismo transitorio, no obstante existir un medio alternativo de defensa judicial, cuando sea necesario utilizarla para evitar un perjuicio irremediable que, a juicio del juez, sea inminente, grave y de tal magnitud que se requiera de medidas urgentes e impostergables para impedir que el perjuicio se extienda "*y llegue a ser de tal naturaleza hasta el punto del no retorno de la situación, o lo que es lo mismo, que se convierta en irremediable"*.

Esta acción de tutela puede ser ejercida por toda persona que considere que le están vulnerando sus derechos constitucionales fundamentales sea nacional o extranjera, natural o jurídica, ciudadano o no, que se halle en el territorio colombiano o se encuentre por fuera y la autoridad o particular que vulneró los derechos fundamentales se encuentre en Colombia. Así pues, puede ser ejercida directamente o por quien actúe a su nombre, bien sea por medio de (i) un representante legal en el caso de los menores de edad, las personas jurídicas, los incapaces absolutos y los interdictos; (ii) mediante apoderado judicial; y (iii) por agencia oficiosa. En estos tres últimos casos se debe probar la legitimación en la causa por activa.

2. Del derecho fundamental a la libertad de culto.

Conforme la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela, para lograr la efectiva protección de sus derechos constitucionales fundamentales o de los que no tengan dicho carácter pero que por su conexidad pueda ponerse en peligro algunos que si estén dentro de dicha clasificación.

Ahora bien, El artículo 18 de la Constitución Política señala "*Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su creencia*.", asegurando a cada uno la inviolabilidad de sus creencias en materia religiosa, las cuales no pueden ser afectadas por la actividad del Estado o por la injerencia de los particulares.

Adicionalmente, como se estableció en sentencia T-200 de 1999 cada individuo resuelve con autonomía aquello que habrá de configurar su fé en materia de religión, pues en ejercicio de la libertad que el Estado garantiza, todos pueden afiliarse a la confesión religiosa de sus preferencias. Así, la Carta Política garantiza entonces la libertad de cultos (artículo 19), en cuya virtud toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla individual o colectivamente.

En efecto, esta libertad de cultos ha sido explicada por la jurisprudencia en varias oportunidades, específicamente tratándose del rol que frente a tal derecho deben asumir los establecimientos educativos. Así en sentencia T-393 de 1997 se estudiaron los casos de varias adolescentes a quienes se les negó el acceso a la educación al ser madres solteras, pues dicha condición se encontraba proscrita en los manuales de convivencia de estos establecimientos educativos. Aunque debe ponerse de presente que los hechos de este fallo no se relacionan de manera exacta con los del presente caso, la Corte estableció ciertas

reglas que fueron acogidas en otras providencias y a las cuales resulta necesario hacer referencia:

"Una vez más se insiste en que el juez constitucional debe propender (sic) *la convivencia de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta y en que, en el plano de la libertad que aquí se invoca, aquélla sólo puede lograrse sobre el supuesto de que quien profesa unas ciertas creencias religiosas o unas determinadas convicciones morales tiene derecho a proclamarlas, a difundirlas, a defenderlas, a practicar lo que de ellas se desprende, y a la inalienabilidad de su propia esfera de pensamiento, de modo tal que ni el Estado, ni los particulares, ni institución alguna puede invadirla para forzar cambios de perspectiva, ni para molestar o perseguir al sujeto por razón de aquéllas, ni para censurarlas, ni con el objeto de compelirlo a revelarlas, y menos con el fin de obligarlo a actuar contra su conciencia (artículo 18 C.P.).*

Por lo tanto, no puede afirmarse que el pensamiento de uno de los estudiantes o su comportamiento moral o religioso legitimen conductas de la institución orientadas hacia el desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales, particularmente en el espacio reservado a su libertad de conciencia. Mientras se trate apenas de la profesión de sus ideas o de prácticas acordes con el libre ejercicio de aquélla, y en tanto con su conducta no cause daño a la comunidad estudiantil, la conciencia individual debe estar exenta de imposiciones externas."

Igualmente, respecto de la libertad religiosa, es oportuno hacer referencia a lo señalado por la Corte en sentencia T-345 de 2002. En esa ocasión se indicó que el artículo 19 de la Constitución establece expresamente que la garantía a la libertad de religión, también como un derecho fundamental de aplicación directa e inmediata.

Afirmó además que "*En ejercicio de esta libertad `toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual y colectiva`. La norma indica también que todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley. Agrega que nadie puede ser obligado a realizar conductas que vayan en contra de sus creencias religiosas. Esta lectura no sólo es sugerida por el propio texto, sino que se sigue también de la noción misma de libertad religiosa. De poco o nada serviría a las personas ser titulares formales de este derecho si él no implicara la posibilidad de gozar efectivamente de éste, es decir, de actuar de acuerdo a las creencias que se profesen. La norma también*

protege la posibilidad de no tener culto o religión alguna. El ateo, quien cree que Dios no existe, y el agnóstico, quien cree que nada puede conocerse al respecto, también encuentran en esta norma constitucional una protección a sus convicciones más íntimas. Por lo tanto, tampoco a ellos puede sometérseles, irrazonablemente, a tener que incurrir en acciones u omisiones contrarias a sus creencias."

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que, tal como lo establece esta Corporación en Sentencia T-832 de 2011[4] el ejercicio de la libertad religiosa no es de índole absoluta, pues, como se explicó en dicha providencia, los límites al ejercicio de tal derecho deben ser determinados por el legislador por medio de una ley. Añadió que la sentencia C-088 de 1994 enunció las causales a partir de las cuales está permitido restringir el ámbito de aplicación de esta libertad pública, entre las cuales se encuentra la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública.

Teniendo en cuenta lo anteriormente explicado, puede concluirse que:

i) el Estado colombiano tiene un carácter laico, por lo cual es neutral frente a la promoción de las diferentes religiones que existen en el país. De tal manera, se logra asegurar el pluralismo, la coexistencia igualitaria y la autonomía de las distintas confesiones religiosas,

ii) La libertad de cultos sólo se logra siempre y cuando quien profesa alguna creencia religiosa o ciertas convicciones morales tiene derecho a proclamarlas, difundirlas, defenderlas, y a practicar lo que de ellas se desprende, de tal forma que ni el Estado, ni los particulares, ni institución alguna pueda llegar a invadirla para forzar cambios de perspectiva, molestar o perseguir al sujeto por razón de aquéllas,

iii) Es parte del núcleo esencial de la libertad religiosa la importancia capital que se le atribuye a la coherencia que puede llevar el creyente entre su vida personal y su creencia,

iv) La disposición sobre libertad religiosa también protege la posibilidad de no tener culto o religión alguna. Y finalmente,

v) Este derecho debe ser plenamente garantizado en el sentido de que en ningún caso se puede condicionar la matricula del estudiante a un establecimiento educativo por razón de sus creencias religiosa.

3. El concepto de daño consumado. Según el numeral 4º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, una de las causales de improcedencia de la tutela se configura cuando *"sea evidente que la violación del derecho originó un **daño consumado**, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho."*

Han sido múltiples los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los cuales se ha encontrado la configuración de un *daño consumado* y, en consecuencia, se ha realizado el análisis de fondo del asunto planteado. La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de esta Corte, en sentencia T-448 de 2004, citó algunas sentencias para ilustrar con los casos estudiados la interpretación y el alcance que la Corporación, a través de los pronunciamientos de las demás Salas de Revisión, le había dado hasta entonces a la expresión *daño consumado* y a partir de ellos propuso unas situaciones en las cuales se configuraba ese daño, entre ellas la muerte del actor, porque *"es obvio que desaparecen los fundamentos fácticos que motivaron la solicitud de amparo"* y otras situaciones en las que no se configuraba tal daño.

Así las cosas, tenemos que, la carencia actual de objeto por daño consumado, se da cuando el fallo del juez de tutela no puede proteger el derecho fundamental amparado, pues ya el daño se ha consumado y no hay forma de mitigarlo.

III. CASO CONCRETO:

Está acreditado que el accionante acudió a la Clínica del Prado S.A.S en compañía de su esposa Juliana Uran para que le fuera realizado el procedimiento medico requerido para expulsar los restos de su hijo no nacido de 14 semanas de gestación y luego de dicho procedimiento le fue informado que no era posible devolverle los restos de su embarazo toda vez que habían sido procesados con otros desechos humanos por lo que era imposible identificarlos.

En virtud de que el Despacho considero insuficientes los fundamentos facticos expuestos por las partes en sus respectivos escritos, procedió a decretar como prueba de oficio el interrogatorio de parte al señor Mario Muñoz Henao el cual fue realizado el día 31 de agosto de 2020, en el cual realizó una breve exposición de lo acaecido aquel 19 de agosto de 2020, y del cual el Despacho resalta las siguientes afirmaciones.

" a la clínica del prado entramos por urgencias ya que en la ecografía que realizamos para ver como se encontraba el bebe ya estaba muerto……."

" luego de terminado el procedimiento la jefe de enfermeras nos preguntó si queríamos retirar el feto, nosotros no sabíamos que eso se podía hacer y luego de conversarlo por una hora con mi esposa decidimos que sí, pues somos casados por la religión católica….."

"cuando nos íbamos a retirar de la clínica nos indicaron que ya no era posible retirar el bebe porque había sido desechado con los demás restos placentarios…."

"se habían iniciado gestiones con la funeraria para retirar el feto de la clínica, para ello nos exigían el certificado de defunción, el cual no nos pudieron entregar…."

"yo soy casado por la iglesia católica, monseñor Mauricio fue quien celebro mi matrimonio.."

" se han tenido dos teuniones con personal de la clínica, la primera cuando informaron que no era posible el retiro de los restos y ayer pero para dar las mismas explicaciones de que no es posible la entrega y que todo se trató de un error".

Teniendo en cuenta que el accionado indicó que, ya desde antes de la presentación de esta acción la clínica había dado las explicaciones del caso, indicando la imposibilidad física de entrega de los respectivos restos, el despacho le preguntó entonces cual era finalmente la intención con la presentación de la acción de tutela a lo que manifestó:

"mi intención con la tutela era presionar a la clínica a ver si así hacían entrega del feto"

Para este estrado judicial es claro que el problema jurídico gira en torno al hecho de que los accionantes no pudieron dar cristiana sepultura a su hijo no nacido, expectativa que fue coartada por la Clínica del Prado al no poder hacer entrega material de los restos anatomopatologicos de su embarazo, ya que estos fueron desechados por un error involuntario de una de las empleadas que participó en el procedimiento médico, sin tener en cuenta los protocolos establecidos en el reglamento interno de la entidad.

Ahora bien, de la narrativa realizada por la parte accionante, y de los hechos mencionados en la contestación de la tutela, no puede endilgarse una vulneración al derecho fundamental de culto del accionante, pues en ningún momento se hace referencia a una discriminación o distinción en la atención prestada por la Clínica del Prado y que el desafortunado resultado del embarazo de la señora Juliana Uran fue producto de sus creencias religiosas.

Resulta evidente que los accionantes han sufrido una afectación, un golpe a su fe por no poder cumplir con sus ritos religiosos, no obstante debe aclararse que esa situación NO se da en un contexto de creyentes, es decir, no es por la afinidad a la religión católica de los accionantes que lastimosamente el feto fue procesado con los demás restos del embarazo, impidiendo la realización de sus exequias.

En ese sentido el Despacho considera improcedente del amparo constitucional del derecho fundamental a la libertad de culto, en tanto no considera que el actuar de la accionada este directamente ligado a sus creencias religiosas y que esta se oponga a la honra de su religión.

Lo anterior se desprende de la sola narración detallada de los hechos que por interrogatorio entregó el accionante al despacho; pues obsérvese que la religión en nada participó en el caso de marras. Como lo confesó el actor, ellos ni siquiera habían contemplado la opción del retiro de los restos, no sabían que eso se podía hacer, en nada habían mencionado sus creencias religiosas. Ahora bien, fue la propia clínica quien por protocolos internos, más no porque haya una norma o mandato expreso de autoridad médica o de salud que así lo ordene, quien dio la opción de entrega de los restos para realizar algún tipo de rito religioso, es decir, que contrario a una violación a los derechos de culto la clínica pretendió dar paso a los mismos dando la opción de retirar el feto y hacer lo propio sin tener conocimiento de las creencias religiosas de la pareja. Es así entonces como lo sucedido si bien puede tener muchos calificativos desde lo jurídico, profesional y médico, en nada se relacionan con un limitar los derechos religiosos de los actores quienes si fueron víctimas de un error por parte de la clínica, error que como se dijo puede ser analizado por muchas perspectivas pero no dentro de una violación al derecho al culto. Finalmente se resalta que no fue lo religioso la causa de la no entrega de los restos y se itera NO fue la petición inicial de los actores, sino la opción de la clínica la que despertó la primera ilusión en los padres.

Pese a lo anterior, llama la atención de esta operadora jurídica como una entidad del nivel de la Clínica del Prado, cuyas principales especialidades son la Ginecología, Obstetricia y Neonatología, se permitan un error de tal magnitud, principalmente en pacientes que por su condición atraviesan una etapa de su vida supremamente importante y altamente sensible, y que sea tal la falta de comunicación entre el personal médico que no exista un procedimiento mediante el cual se verifique la autorización para el manejo de estos residuos humanos, pues debe existir un tiempo prudencial entre la ocurrencia del hecho y el momento en el cual se determine el fin de estos desechos, de tal forma que pueda garantizarse a los pacientes una autonomía sobre su cuerpo y en particular de sus productos biológicos.

Es por esto que la accionada debe tener en cuenta este precedente constitucional y modificar o adoptar sus protocolos sanitarios y médicos de tal forma que se garantice a los pacientes y familiares un tiempo prudencial en el cual puedan decidir sobre sus desechos humanos y en particular en los casos como el que aquí nos convoca donde se ven involucrados productos biológicos, que aún no cuentan con regulación específica en el ordenamiento jurídico colombiano, pero si pueden involucrar derechos fundamentales de primera categoría que deben ser siempre respetados. Esto, por cuanto las personas que se encuentran en esta situación atraviesan diversas emociones complejas de frustración, dolor, angustia y congoja por la triste pérdida sufrida, por lo tanto, añadir a tal pérdida que no puedan disponer según sus creencias de los restos de quien pudiera ser su hijo, resulta un daño adicional absolutamente innecesario por los errores de los profesionales de la salud, quienes al dar el ofrecimiento debían estar seguros de que ellos podía ser factible.

Finalmente, considera esta Dependencia judicial que se da la figura de la carencia actual de objeto por daño consumado al encontrarse la imposibilidad de ordenar a la accionada la devolución de los restos anatomopatologicos del fruto concebido entre el señor Mauricio Muñoz Henao y la señora Juliana Uran.

Significa lo anterior, que la omisión señalada como vulneradora en el escrito introductorio resultó insubsanable aun en el trámite de la presente acción, y por ende, en el presente caso, se configuró el fenómeno jurídico denominado **"carencia actual de objeto por daño consumado",** entendiendo que, las causas que dieron origen a la acción constitucional por la vulneración del derecho fundamental ya se habían consumado antes de la interposición de la acción y el proferimiento del fallo.

Por lo anterior, solo queda un llamado a la accionada CLINICA DEL PRADO, para que en futuro, revise los protocolos internos para casos como el que hoy se analiza, realice las investigaciones del caso, y se prevenga para que en el futuro no se cometan errores como este que agravan la situación sentimental de los pacientes y sus familiar. Por lo tanto, debe mejorar el protocolo con la finalidad de establecer con claridad los casos en los que procede el retiro de restos, los casos en los que no procede, la información que se brinda a los pacientes y el espacio para que se proceda según la decisión de cada familia.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

III. FALLA

PRIMERO: NEGAR el amparo constitucional deprecado por el señor **MARIO MUÑOZ HENAO,** en contra de la **CLINICA DEL PRADO S.A.** como consecuencia de un daño consumado.

SEGUNDO: NOTIFICAR por el medio más expedito y eficaz posible la presente decisión a las partes, según lo dispuesto por los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 y artículo 5° del Decreto 306 de 1992, dejando la respectiva constancia en el expediente.

TERCERO: REMITIR el presente expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si no fuere impugnada, dentro de los tres (3) días siguientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LAURA MARÍA VÉLEZ PELÁEZ

JUEZ