



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 25 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ SECCIÓN SEGUNDA – ORAL**

Bogotá D. C., siete (7) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

| | |
|---------------------|---|
| PROCESO No.: | 11001-33-35-025-2024-00015-00 |
| ACCIONANTE: | JOHN ALEXANDER BUSTOS TORRES en representación de su hijo JOSEPH CAMILO BUSTOS SALGUERO |
| ACCIONADO: | FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FIDUPREVISORA – SERVIMED - SERVISALUD |
| ACCIÓN: | TUTELA |

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia en la acción de tutela promovida por **JOHN ALEXANDER BUSTOS TORRES en representación de su hijo JOSEPH CAMILO BUSTOS SALGUERO** en contra del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A. – SERVIMED - SERVISALUD** por la presunta violación a sus derechos fundamentales a la igualdad, equidad, atención integral, dignidad, debido proceso e identidad.

I. ANTECEDENTES

1.1. Soporte Fático de la Solicitud de Amparo

Del escrito de tutela se extraen los siguientes **HECHOS** relevantes:

“Mi hijo menor de edad Joseph Camilo Bustos Salguero se encuentra vinculado a FIDUPREVISORA-SERVIMED-SERVISALUD., desde el 19 de septiembre de 2013, fecha en que yo como cotizante lo afilié como beneficiario.

Mi hijo está diagnosticado con el trastorno espectro autista, discapacidad cognitiva leve – moderada social intelectual y visual, necesita ayuda y cuidado de un tercero para sobrevivir, comunicarse y moverse. Todo ello hace que él tenga una condición de discapacidad permanente.

Pese a que he solicitado el certificado de discapacidad a través de diferentes medios y profesionales que atienden a mi niño, es IMPOSIBLE lograrlo. Llevo varios meses tratando de que lo generen. En un derecho de petición que envié a Fiduprevisora la respuesta es que, a pesar de tener todos los documentos requeridos no se generaba la cita con la junta médica porque en la solicitud del médico no se evidenciaba la modalidad en que requiere dicha valoración institucional o domiciliaria, lo cual ERA COMPLETAMENTE FALSO ya que en la solicitud expedida por la pediatra Gladys Pilar Rodríguez desde el pasado 04 de octubre se SOLICITABA CLARAMENTE LA MODALIDAD DE ATENCIÓN

INSTITUCIONAL. En posterior derecho de petición la respuesta fue que ya tenían los documentos completos y que debía esperar respuesta, lo que a la fecha no ha sucedido.

En conclusión, FIDUPREVISORA ya lleva varios meses poniendo barrera a todas las personas que necesitamos dicho certificado. Ni siquiera tiene dispuestos los lineamientos, los médicos no tienen ni idea de cómo proceder y la Secretaría de Salud no puede hacer absolutamente nada por ser un régimen de excepción.

Es muy lamentable como las personas de otras EPS tienen los certificados que por ley podemos tener, y que personas como mi hijo con una condición difícil no lo tenga por negligencia administrativa y dilataciones absurdas de FIDUPREVISORA.

El certificado es un documento que lo exigen en muchas instituciones que brindan apoyo y ayuda a personas como mi niño. Es a mi parecer muy injusto que llevemos dos años sin lograr ningún apoyo por no contar con este certificado que FIDUPREVISORA debe entregar inmediatamente.

Acudo a este recurso como la única manera en que ellos han generado algún certificado de discapacidad, porque por derecho de petición se evaden.

SEÑOR JUEZ, acudo así, a su despacho para solicitarle que se exija a FIDUPREVISORA la expedición del Certificado de discapacidad de mi niño. Yo cuento con todos los documentos: Historias clínicas con los diagnósticos, y a la fecha no he podido realizar tampoco el Registro y Localización y Caracterización de personas con discapacidad.”

1.2. Pretensiones

El tutelante solicitó al Despacho acceder a las siguientes:

“Se ordene a FIDUPREVISORA-SERVIMED-SERVISALUD que de forma inmediata gestione y entregue el CERTIFICADO DE DISCAPACIDAD y el CARNET CON LA DISCAPACIDAD de mi hijo, ya que son documentos necesarios en la protección de derechos como persona menor con diagnósticos difíciles de salud y que se realice la debida inscripción en el Registro y Localización y Caracterización de personas con discapacidad.”

1.3. Trámite Procesal y Contestación de la Demanda de Tutela

La demanda de tutela fue admitida por este Despacho mediante auto de fecha veintiséis (26) de enero de dos mil veinticuatro (2024), en el que se ordenó notificar por el medio más expedito y eficaz, al representante legal de la Entidad accionada, a quien se le concedió el término de dos (2) días para que rindiera informe sobre los hechos y fundamentos de la acción, ejerciendo su derecho de defensa.

Notificada en debida forma las accionadas, se evidencia que contestaron la acción de amparo en los siguientes términos.

SERVIMED IPS S.A.

A través de memorial de 29 de enero de 2024, contestó la acción de amparo oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señaló que, revisado el sistema el menor no registra situación de afiliación activa con SERVIMED IPS, puesto que, de los datos obtenidos, se evidencia que el menor JCBS, refiere como IPS primaria Improve Quality Reduce Cost Save Lives Auditores S.A.S. –SERVISALUD QCL KENNEDY.

Indicó que es necesario declarar improcedente la presente acción constitucional en contra de SERVIMED IPS, ya que no es la entidad competente y legalmente habilitada para expedir el certificado de discapacidad requerido por el paciente, toda vez que dicho procedimiento, recae privativamente en cabeza de la FIDUPREVISORA.

Finalmente solicitó se desvincule a la entidad de la acción constitucional ya que por parte de esta no existe violación a los derechos fundamentales del accionante.

UT SERVISALUD SAN JOSÉ.

A través de memorial de 30 de enero de 2024, contestó la acción de amparo oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que La Sociedad de Cirugía de Bogotá Hospital de San José y Servimed Institución Prestadora de Servicios de Salud S.A., son las IPS que integran la UT SERVISALUD SAN JOSÉ, Unión Temporal que desde el día Veintitrés (23) de noviembre de 2017, es la entidad que a través de las IPS que la conforman garantiza la prestación del servicio de salud a los Docentes y sus Beneficiarios de conformidad a los servicios que el Asegurador en Salud FIDUPREVISORA S.A., autoriza en el respectivo Plan de Manejo en Salud para el Magisterio.

Señaló que La Sociedad de Cirugía de Bogotá Hospital de San José y Servimed Institución Prestadora de Servicios de salud S.A., integrantes de la UT SERVISALUD SAN JOSÉ, prestan servicios de salud a los docentes y sus beneficiarios, conforme a los servicios descritos en los pre pliegos de condiciones y que autorizará como plan de beneficios para los mismos la FIDUPREVISORA S.A. que es el ente asegurador en salud de la parte accionante, de tal suerte que la aquí accionada I.P.S., mantiene y respeta los pactos contractuales, respecto de procedimientos tanto médicos como administrativos, teniéndose en cuenta incluso el régimen de excepción al cual pertenecen los Docentes, en virtud de la Ley.

Finalmente solicitó se desvincule a la entidad del trámite de tutela toda vez que no se encuentra vulnerando los derechos fundamentales del accionante.

FIDUPREVISORA S.A.

A través de memorial de 31 de enero de 2024, contestó la acción de amparo oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señaló que Consultado el aplicativo interinstitucional HOSVITAL dispuesto por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se observa que el accionante se encuentra ACTIVO En calidad de cotizante en el régimen de excepción de asistencia en salud.

Sostuvo que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la FIDUPREVISORA S.A., quien actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que no es la encargada de garantizar el servicio a los usuarios del sistema de régimen de excepción de asistencia de salud.

Agregó que solicitará a la UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ que realice las gestiones correspondientes, conforme a su obligación contractual, la cual puede ser verificada, en el contrato de prestación de servicios que se anexa a este escrito.

Finalmente solicitó DESVINCULAR A FIDUPREVISORA S.A., quien actúa como vocera y administradora de Patrimonio Autónomo – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que como se explicó anteriormente, ésta es una administradora de recursos públicos, que se encarga de atender negocios propios de las sociedades fiduciarias, pero que en virtud de lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, se suscribieron contratos para la prestación de servicios médico asistenciales en las diferentes regiones del país con el objeto de garantizar la prestación del servicio de salud de los docentes afiliados al fondo del magisterio, sin que ello implique que la ejecución y el cumplimiento de las prestaciones médicas sean responsabilidad de FIDUPREVISORA S.A.

Acervo Probatorio

Con la demanda:

- Copia de la historia clínica del menor.
- Solicitud de junta medica expedida por la pediatra.
- Certificación de afiliación

II. CONSIDERACIONES

2.1. De la acción de tutela.

La acción de tutela, prevista en el Artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, como mecanismo preferente y sumario, fue concebida como una acción judicial subsidiaria, residual y autónoma, a disposición de los ciudadanos, mediante la cual pueden reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, la protección judicial inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de autoridades públicas y, excepcionalmente, de particulares.

El trámite de esta herramienta jurídica por medio de un procedimiento preferente y sumario supone su prevalencia frente a las demás acciones, y que el fallo que disponga la protección de derechos fundamentales sea de inmediato cumplimiento, empero, puede ser impugnado ante el superior, quien luego debe remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

A la par, se constituye como una acción subsidiaria y residual, de manera que se torna improcedente cuando existen otros mecanismos de defensa judicial a los que puede acudir el interesado para obtener la protección de sus derechos fundamentales. No obstante, a pesar de ello, en el evento de que se acredite la configuración de un perjuicio irremediable, la solicitud de amparo se hace procedente.

Así, aunque la acción de tutela ha sido puesta por la Constitución y la Ley a disposición de todas las personas, ese derecho de acción no es absoluto, en cuanto está limitado por las causales de improcedencia, como la anteriormente mencionada, y las previstas en el Artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, tales como: i) Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus; ii) Cuando se pretenda proteger derechos colectivos; iii) Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho y, iv) Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Sin embargo, también la norma que crea la acción indica que la acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.2. La protección especial de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de protección constitucional reforzada y del interés superior del menor.

De conformidad con la Constitución Política de Colombia los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás tal como lo señala el artículo 44:

ARTICULO 44. *Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Por su parte, el Código de la infancia y la adolescencia en el artículo 6 dispone:

ARTÍCULO 6o. REGLAS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN. *Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.*

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas

En cuanto a los sujetos de especial protección la Corte Constitucional en Sentencia T-719 de 2003, se refirió:

*“(…) si bien los jueces de tutela deben ser estrictos en la aplicación de estos requisitos, para efectos de hacer valer el carácter subsidiario de la acción de tutela, **existen situaciones en las que el análisis de procedibilidad de la tutela se debe efectuar en forma más amplia -esto es, menos estricta-, dada la naturaleza de las personas que solicitan amparo para sus derechos fundamentales: se trata de los casos en que estén de por medio los derechos de cualquiera de los sujetos de especial protección constitucional, tales como niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza. En tales situaciones, los jueces deben estudiar las características del perjuicio irremediable arriba explicadas con un criterio de admisibilidad más amplio, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad.**”* Negrilla fuera de texto.

En sentencia T – 468 del 7 de diciembre de 2018 la Corte sostuvo:

“4.1.3. Por su parte, la jurisprudencia de esta Corte, al interpretar tales mandatos, ha reconocido que los niños tienen el status de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta -entre otros efectos- en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les concierna¹. En este sentido, se han establecido unos

¹ Sentencia T-580A de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo “las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un

criterios jurídicos relevantes a la hora de determinar el interés superior de los niños, en caso de que sus derechos o intereses se encuentren en conflicto con los de sus padres u otras personas que de alguna manera se vean involucradas². Reglas que fueron sintetizadas por la Sentencia T-044 de 2014³, como se detalla a continuación⁴:

- a. *“Deber de garantizar el desarrollo integral del niño o la niña;*
- b. *Deber de garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de los derechos del niño o la niña;*
- c. *Deber de proteger al niño o niña de riesgos prohibidos;*
- d. *Deber de equilibrar los derechos de los niños y los derechos de sus familiares⁵, teniendo en cuenta que si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños;*
- e. *Deber de garantizar un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño o la niña; y*
- f. *Deber de justificar con razones de peso, la intervención del Estado en las relaciones materno/paterno filiales.*
- g. *Deber de evitar cambios desfavorables en las condiciones de las o los niños involucrados⁶.”⁷*

4.1.4. En conclusión, los niños, niñas y adolescentes no sólo son sujetos de derechos, sino que sus intereses prevalecen en el ordenamiento jurídico. Así, siempre que se protejan las prerrogativas a su favor, tanto las disposiciones nacionales como las internacionales, deben ser tenidas en cuenta en su integridad, eludiendo la hermenéutica descontextualizada de las normas aisladamente consideradas. Lo que significa que tan solo “cuando las decisiones del estado están siendo acompañadas de

margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores de edad implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés.”

² Sentencia T-510 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En esa oportunidad la Corte conoció el caso de una mujer que, sin haber sido asesorada adecuadamente por el ICBF, entregó a su hija recién nacida en adopción. Posteriormente revocó su consentimiento, pero ello no fue aceptado porque a juicio del ICBF, transcurrido un mes desde la entrega en adopción de un menor de edad, el consentimiento se hace irrevocable. La mujer solicitó mediante la acción constitucional de amparo, que la niña no fuera dada en adopción y le fuera entregada. La Corte ordenó reintegrar a la niña al seno de su familia biológica.

³ Sentencia T-044 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, donde se sintetizan las reglas fijadas en la Sentencia T-510 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ Estas reglas han sido reiteradas, entre muchas otras, en las Sentencias T-292 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda; T-497 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-466 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda; T-968 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa; T-580A de 2011. M. P. Mauricio González Cuervo y C-900 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, S.V. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ “La jurisprudencia de manera general ha reiterado la regla referida a la necesidad de equilibrar los derechos de los niños y los de sus padres. Sin embargo, en Sentencias T-397 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda y T-572 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao, se reformuló esta regla para hablar de la necesidad de equilibrar los derechos de los parientes biológicos o de crianza, con los derechos de las y los niños”.

⁶ Esta regla fue formulada en las sentencias T-397 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda y T-572 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao.

⁷ Sentencia T-044 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En esta oportunidad, la Corte analizó una acción de tutela, donde la abuela materna solicitó la garantía de los derechos de sus nietos, presuntamente desconocidos por el ICBF. A juicio de la accionante, dicha entidad, después de haber ingresado a los niños en el programa de restablecimiento de derechos, decidió reintegrarlos a su núcleo familiar por el vencimiento del plazo establecido en la ley, sin considerar su incapacidad para cuidar de ellos.

*principios” es cuando, “el derecho está justificado y se estaría actuando con integridad”.*⁸

En la misma sentencia respecto a la protección constitucional de las personas con discapacidad señaló:

5.1.3. En múltiple jurisprudencia se ha precisado el alcance de los postulados básicos que se derivan de la protección especial otorgada por el Constituyente a las personas en situación de discapacidad, como son: (i) la igualdad de derechos y oportunidades entre todas las personas, con la consiguiente prohibición de cualquier discriminación por motivos de discapacidad, (ii) el derecho de las personas en situación de discapacidad a que se adopten todas las medidas necesarias para poder ejercer sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones con los demás, y (iii) el deber estatal correlativo de otorgar un trato especial a las personas en situación de discapacidad⁹. Así, por ejemplo, la Corte ha indicado que “en relación con los discapacitados, la igualdad de oportunidades es un objetivo, y a la vez un medio, para lograr el máximo disfrute de los demás derechos y la plena participación en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (CP art. 2)”¹⁰. En ese sentido, ha establecido que “la no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de las personas discapacitadas permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se perpetúe, situación que les impide, entonces, participar e integrarse en las actividades sociales, para poder así ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones”¹¹; también ha afirmado que “compete al Estado adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social... de tal suerte que se deben ejecutar medidas concretas, capaces de garantizar su acceso, en condiciones acordes con su situación... Sin que al adoptar las medidas se desconozcan las otras causas de marginalidad que, no pocas veces, acompañan a una u otra limitación (edad, sexo, raza, condición económica etc.)”¹²; y ha precisado que “las personas discapacitadas tienen derecho a que el Estado les procure un trato acorde a sus circunstancias, siempre que ello resulte necesario para el ejercicio pleno de sus derechos en

⁸ Dworkin, R. Colección Filosofía y Teoría del Derecho. ARA Editores E.I.R.L. Año 2010.

⁹ En diversas oportunidades, esta Corporación ha recurrido a normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (Resolución de la ONU de 20 de diciembre de 1993 que, a pesar de no tener carácter vinculante ha sido considerada un documento útil para la interpretación de las normas sobre discapacidad, tanto por parte de esta Corporación como por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General Número 5.); a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Aprobada por ley 762 de 2002 (Cfr. Sentencia C-401 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis); la Observación General N° 5 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en las que se interpretan las obligaciones frente a la población con discapacidad derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y al Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales (adoptado en San Salvador, fecha: 11/17/88).

¹⁰ En la Sentencia T-288 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se analizó una acción de tutela, donde los peticionarios, personas con limitaciones físicas, aficionadas al fútbol, se les negó la posibilidad de asistir al Estadio Pascual Guerrero a presenciar los partidos de fútbol. En la providencia se concluye que diversas situaciones pueden constituir un acto discriminatorio contrario al derecho a la igualdad de los discapacitados. Por un lado, la conducta, actitud o trato, consciente o inconsciente, dirigido a anular o restringir sus derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable y por otro, el acto discriminatorio consistente en una omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho los discapacitados, la cual trae como efecto directo su exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad.

¹¹ Sentencia T-378 de 1997. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Sentencia C-410 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

*condiciones de igualdad. La omisión de este deber, por parte del Estado, puede convertirse en una lesión de los derechos fundamentales de los sujetos concernidos y, en consecuencia sería inconstitucional*¹³.

(...)

5.1.5. Por su parte, la aprobación, en marzo de 2006, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁴, marcó un hito en la protección de los derechos humanos de personas que, según el Primer Informe Mundial sobre la Discapacidad¹⁵, viven con algún tipo de discapacidad¹⁶. La Convención (en adelante, CDPCD) inauguró un nuevo marco de protección que, ante todo, se propuso superar la idea de la discapacidad como una condición médica asociada a condiciones físicas, fisiológicas o psicológicas que requieren tratamiento¹⁷.

(...)

¹³ Sentencia T-823 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴ La Convención fue aprobada a través de la Ley 1346 de 2009, declarada exequible en Sentencia C-293 de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla y ratificada el 10 de mayo de 2011.

¹⁵ Publicado en 2011 por la Organización Mundial de la Salud y el Banco Mundial.

¹⁶ El informe, disponible en http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report/en/, precisa que, sobre la base de las estimaciones de población mundial de 2010 -6900 millones de habitantes- y las de prevalencia de la discapacidad calculadas con base en la Encuesta Mundial de Salud y Carga Mundial de Morbilidad de 2004, entre 785 millones (15,6%) y 975 millones (19,4%) de personas de 15 años o más viven con alguna discapacidad. Cuando se incluye a los niños, se estima que más de 1000 millones de personas (cerca del 15% de la población mundial) viven con una discapacidad.

¹⁷ Esta Corporación se ha referido, en reiteradas ocasiones, a los modelos y etapas de tratamiento de la discapacidad que han incidido en la construcción del marco normativo que, históricamente, ha definido el contenido y el alcance de los derechos y prerrogativas de las personas en situación de discapacidad. La Corte, en síntesis, ha identificado cuatro etapas que corresponden, en su orden, a los modelos de prescindencia, marginación, rehabilitación y al modelo social al que aquí se ha hecho referencia. La Sentencia C-066 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. A.V. María Victoria Calle Correa, S.V.P. y A.V. Luis Ernesto Vargas Silva, los definió de la siguiente manera: “i) El modelo de la prescindencia se basaba en determinar que la discapacidad es una circunstancia que obliga a separar al afectado de los demás miembros de la sociedad que se consideran “normales”. En ese sentido, los discapacitados están sometidos a una condición particular, catastrófica y que los aleja de los pretendidos estándares de la vida en sociedad. Por esa razón, deben ser excluidos del cuerpo social, al no cumplir con esas condiciones que sí acreditan las personas sin discapacidad. (...) ii) El modelo de la marginación está basado en la distinción discriminatoria entre la normalidad y la anormalidad. (...) las personas con discapacidad son “anormales”, lo que justifica su segregación. (...) iii) el modelo médico o rehabilitador [considera] a la discapacidad como una dolencia física del individuo, que debía ser sometida a intervención médica, con el fin de lograr su superación y, con ello, rehabilitar al afectado con el fin que pudiera vincularse plenamente al estándar social de las personas que no están en situación de discapacidad. (...) iv) [el] *modelo social de la discapacidad* [admite] que la discapacidad no es un asunto que se derive exclusivamente de las particularidades físicas o mentales del individuo, sino que también tiene un importante concurso en la misma las barreras que impone el entorno, de diferente índole, las cuales impiden que la persona con discapacidad pueda ejercer adecuadamente sus derechos y posiciones jurídicas (...)”. Sobre el tema pueden revisarse, también las sentencias C-804 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa. A.V. María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez y Jorge Iván Palacio Palacio; T-340 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-458 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz. S.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez y S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre otras.

5.1.5.2. La CDPCD plantea un modelo social que irradia todas las disposiciones y vincula la discapacidad con aquellos obstáculos que impiden que personas con cierta diversidad funcional interactúen con su entorno en las mismas condiciones en que lo hacen los demás individuos. Tal es la perspectiva que plasma la Convención desde su preámbulo, cuando reconoce que el concepto de la discapacidad evoluciona y que “resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

5.1.5.3. Desde esa orbita, la Convención propuso aclarar las obligaciones que vinculan al Estado con la creación de un entorno propicio para realizar, frente a ellas, los derechos civiles, culturales, económicos y sociales predicables de todos los seres humanos¹⁸ y reivindica, además, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas en situación de discapacidad como parte de la diversidad y de la condición humana. Finalmente, contempla los principios de igualdad de oportunidades, de accesibilidad, de igualdad entre el hombre y la mujer y el principio de respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y su derecho a preservar su identidad.

5.1.5.4. En general, dicho enfoque implica obligaciones estatales con dos tareas concretas: (i) la de disponer de un sistema de apoyos que acompañen a las personas en situación de discapacidad en el proceso de adopción de sus decisiones y (ii) la de crear las salvaguardias que garanticen que esas decisiones se vean desprovistas de conflictos de intereses, influencias indebidas o abusos¹⁹. En este contexto, se advierte que las personas en situación de discapacidad tienen derecho a que el Estado les procure un trato acorde a sus circunstancias, siempre que ello resulte necesario para el ejercicio pleno de sus derechos en condiciones de igualdad, pues la omisión de este deber, por parte del Estado, se convierte en una contundente lesión de sus derechos fundamentales.

5.1.6. En síntesis, la perspectiva del modelo social que irradia todas las disposiciones de la CDPCD vincula la discapacidad con aquellos obstáculos que impiden que personas con cierta diversidad funcional interactúen con su entorno en las mismas condiciones en que lo hacen los demás individuos. Caracterización que se ve reflejada, justamente, en la diversidad de

¹⁸ Al respecto, pueden revisarse el Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad, de 2007 y la Observación General del Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad sobre el artículo 12 –igual reconocimiento como persona ante la ley–, de 2014. Esta última precisa, en relación con el mismo tema, que en el artículo 12 no se establecen derechos adicionales para las personas con discapacidad, sino que, simplemente, “se describen los elementos concretos que los Estados partes deben tener en cuenta para garantizar a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás”. (Observación General N° 1 de 2014).

¹⁹ La Convención define las salvaguardias adecuadas y efectivas como aquellas que i) respetan los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; ii) son proporcionales y se adaptan a sus preferencias; iii) no involucran conflictos de intereses ni influencias indebidas; iv) se aplican en el plazo más corto posible y están sujetas a exámenes periódicos por parte de un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Además, comprometió a los Estados parte a tomar las medidas pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a ser propietarias y heredar bienes, a controlar sus propios asuntos económicos y a tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de créditos financiero, así como a velar porque no sean privadas de sus bienes de forma arbitraria.

compromisos que les impone a sus Estados parte en aras de la efectiva remoción de tales obstáculos²⁰.

3. Caso Concreto

El caso que nos ocupa el accionante pretende a través de esta acción la protección de los derechos constitucionales a la igualdad, equidad, atención integral, dignidad, debido proceso e identidad de su menor hijo Joseph Camilo Bustos Salguero y, en consecuencia, se ordene a las accionada a expedir el certificado de discapacidad, el carné de discapacidad, así como a realizar la inscripción en el registro y localización y caracterización.

Respecto al trámite para la expedición del certificado de discapacidad así como el registro de localización y caracterización de personas con discapacidad se profirió la Resolución N° 1239 de 2022 que en el parágrafo del artículo 2 dispuso:

“PARÁGRAFO. Los regímenes Especial y de Excepción y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios de Colombia -USPEC-, adaptarán la presente regulación o adoptarán la propia, con recursos y procesos propios, estableciendo para ello, los trámites y autoridades competentes dentro de su sistema organizacional para la recepción de solicitudes de certificación; la generación de la orden para la realización del procedimiento; la asignación de citas; la realización del procedimiento en las instituciones prestadoras de servicios de salud autorizadas para ello por las secretarías de salud de orden departamental o distrital o las entidades que hagan sus veces, o en las instituciones de salud propias, así como su pago.

En todo caso, deberán generar la orden para la realización del procedimiento de certificación de discapacidad y registrar la información resultante en el Registro de Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad dispuesto por este Ministerio en el Sistema Integrado de Información de la Protección Social - SISPRO-, para lo cual, solicitarán al Ministerio de Salud y Protección Social, la creación y entrega del perfil requerido.”

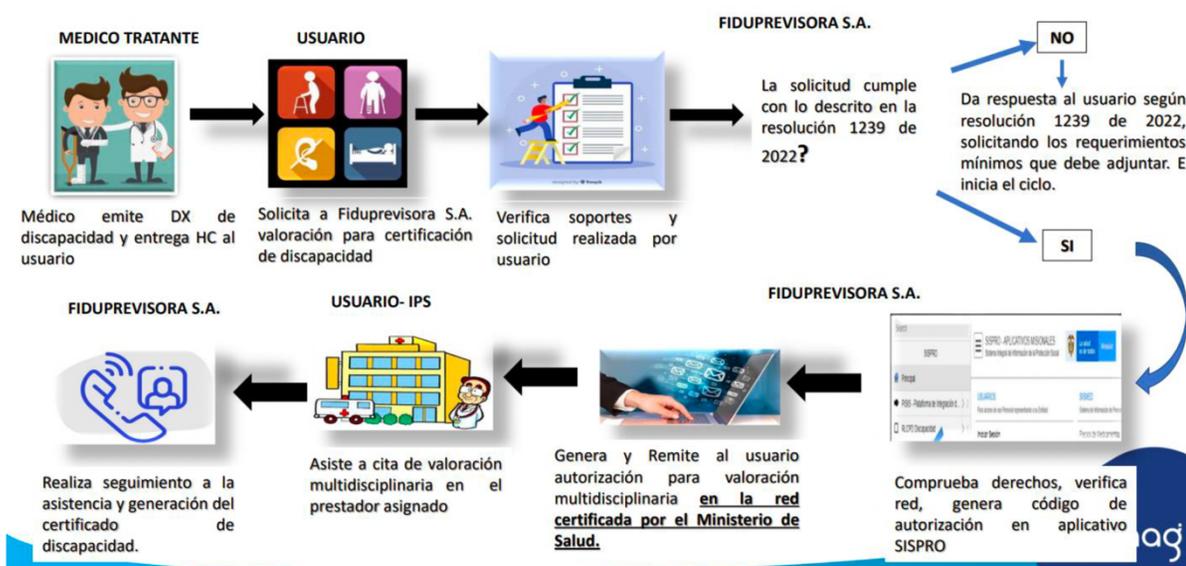
Conforme a lo anterior, el FOMAG expidió el Instructivo Ruta Procedimiento De Certificación De Discapacidad Y El Registro De Localización Y Caracterización

²⁰ En el informe que presentó en enero de 2007 al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones sobre derechos humanos y discapacidad, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos se refirió a las implicaciones concretas de que, bajo ese nuevo marco conceptual, la discapacidad no se considere una enfermedad, sino “*el resultado de la interacción entre las actitudes negativas o un entorno poco propicio para la condición de algunas personas concretas*”. La alta comisionada explicó que la Convención se enfocó en dismantelar las barreras de la actitud y del entorno, en lugar de tratar a las personas en situación de discapacidad como un problema que debe “arreglarse”. Por vía de la remoción de esos obstáculos, se busca que las personas en situación de discapacidad puedan participar como miembros activos de la sociedad y disfrutar de la totalidad de sus derechos. *Cfr. A/HRC/4/75* del 17 de enero de 2007. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad.

de Personas En Condición De Discapacidad Julio 2023²¹ y señaló los requisitos con que deben contar los afiliados para la solicitud el certificado de discapacidad:

1. *Estar afiliado al FOMAG y encontrarse en estado Activo.*
2. *Solicitar al médico tratante de la IPS de la red de prestación de servicios de salud del Operador de Servicios de Salud que tenga asignado, la valoración médica para establecer el diagnóstico (CIE-vigente) relacionado con discapacidad de la persona que requiere el certificado, la cual debe contar con la determinación de la necesidad de apoyos y ajustes razonables que se necesiten y la modalidad en la que se requiere la valoración clínica multidisciplinaria (institucional o domiciliaria).*
3. *Tener copia de la historia clínica en la que se incluya dicho diagnóstico (CIE-vigente), los soportes de apoyo diagnóstico (Imágenes diagnósticas, resultado de exámenes, concepto de otras especialidades) que se requieran.*
4. *Importante que dentro de los soportes se conozca la modalidad de atención requerida por el médico tratante la cual dependerá del tipo de discapacidad que presente.*

Igualmente dispuso la ruta para el procedimiento de certificación de discapacidad y el registro de localización y caracterización de personas en condición de discapacidad:



21

<https://www.educacionbogota.edu.co/intrased/sites/default/files/2023-08/Instructivo%20ruta%20expedicion%20certificados%20de%20discapacidad%20%281%29.pdf>

Descendiendo al caso bajo consideración observa el despacho que el accionante cumple con todos los requisitos requeridos para la expedición del certificado de discapacidad del menor, documentos que fueron allegados con la tutela:

- Certificado de afiliación del señor Jhon Alexander Bustos Torres donde se encuentra el menor Joseph Camilo como beneficiario, expedido por la Coordinadora de Gestión de información y afiliaciones de docentes, pensionados y beneficiarios del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- Orden de valoración médica expedida por la doctora Gladys Pilar Rodríguez Gómez adscrita a la UT SERVISALUD San José.
- Copia de la historia clínica del menor expedida por UT SERVISALUD San José.

Conforme a lo anterior, es claro que la negativa y demora del FOMAG y la FIDUPREVISORA S.A. de tramitar y expedir el certificado de discapacidad solicitado, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, atención integral, dignidad, debido proceso e identidad del menor, toda vez que, conforme a la ley y la jurisprudencia es un sujeto de especial protección constitucional tanto por ser un niño menor de edad como por su discapacidad.

Así las cosas, en virtud del interés superior del menor el despacho amparará los derechos a la igualdad, atención integral, dignidad, debido proceso e identidad de Joseph Camilo Bustos Salguero y ordenará al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG y la FIDUPREVISORA S.A. que:

- En un término no mayor a veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, genere, remita y realice la valoración multidisciplinaria al menor en alguna de las instituciones prestadoras de servicios de salud autorizadas para realizar procedimiento de certificación de discapacidad publicado por el Ministerio de Salud y Protección Social.
- Una vez realizada la cita de valoración las accionadas deberán realizar el seguimiento correspondiente para la generación del certificado de discapacidad.

Así mismo, se ordena al señor Jhon Alexander Bustos Torres que en su calidad de padre del menor deberá garantizar la asistencia de Joseph Camilo Bustos Salguero a la cita de valoración en la fecha y hora que fueran señaladas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICINCO (25) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA:

PRIMERO: TUTELAR los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, atención integral, dignidad, debido proceso e identidad de **JOSEPH CAMILO BUSTOS SALGUERO**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG** y la **FIDUPREVISORA S.A.**, que dentro del término de veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, genere, remita y realice la valoración multidisciplinaria a **JOSEPH CAMILO BUSTOS SALGUERO** en alguna de las instituciones prestadoras de servicios de salud autorizadas para realizar procedimiento de certificación de discapacidad publicado por el Ministerio de Salud y Protección Social.

TERCERO: ORDENAR al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG** y la **FIDUPREVISORA S.A.** que una vez realizada la cita de valoración deberán realizar el seguimiento correspondiente para la generación del certificado de discapacidad en un término no mayor a veinte (20) días hábiles.

CUARTO: ADVERTIR al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG** y la **FIDUPREVISORA S.A.**, que el incumplimiento de lo dispuesto en este fallo dará lugar a las sanciones establecidas en el artículo 52 del Decreto Ley 2591 de 1991.

QUINTO: ORDENAR al señor Jhon Alexander Bustos Torres que en su calidad de padre del menor deberá garantizar la asistencia de Joseph Camilo Bustos Salguero a la cita de valoración en la fecha y hora que fueran señaladas.

Así mismo, se exhorta al empleador del señor Jhon Alexander Bustos Torres a otorgar los permisos que correspondan para que se sirva cumplir esta orden.

SEXTO: Comunicar a las partes por el medio más expedito la presente decisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO: De no ser impugnada esta decisión, remítase a la H. Corte Constitucional para eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA
Juez

CLM.



Esta providencia fue firmada en forma electrónica en el aplicativo Samaj, herramienta que garantiza su integridad y autenticidad.