

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

TUTELA No.: 11001 40 03 036-2020 - 00272 - 01
ACCIONANTE: ALBA REBECA BARRERA GARCIA en representación de SCHNEIDER MFUMU BARRERA.
ACCIONADA: FAMISANAR EPS.
VINCULADOS: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, JUZGADO 28 PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE CONOCIMIENTO, JUZGADO 20 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCION DE CONOCIMIENTO, BHM SOLUCIONES, JUZGADO 65 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA, FUNDACION CARDIOINFANTIL, FUNDACION NEUMOLOGICA COLOMBIANA, HOSPITAL LA MISERICORDIA, AUDIOCOM, UNIMEQ, CLINICA NEUROREHABILITAR, (BOGOTA Y LA CALERA), ICAL SEDE BOGOTA Y CHIA, PRORTHOPEDICOS, INSTITUTO ROOSVELT, HOSPITAL SIMON BOLIVAR, HOSPITAL SAN JOSE INFANTIL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

ACCIÓN DE TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

I. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Se decide la impugnación propuesta por la accionante contra la sentencia proferida el 30 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Civil Municipal de Bogotá, D.C., mediante la cual fue negado el amparo constitucional invocado.

II. ANTECEDENTES

1.- La señora **ALBA REBECA BARRERA GARCÍA**, actuando como agente oficiosa de su hijo menor de edad, reclama la protección de los derechos a la salud, presuntamente quebrantados por FAMISANAR EPS.

2.- En apoyo de su acción plantea la situación fáctica, que seguidamente se compendia:

2.1.- Relata que su hijo SCHNEIDER MFUMU BARRERA padece de “ENFERMEDAD RARA Y HUERFANA “RETARDO GLOBAL DEL DESARROLLO,

COMORBILIDAD,SINDROME GENETICO EN ESTUDIO (EXOMA CON DOS MUTACIONES MPZ YSPTBN2), PREMATURO EXTREMO, REFLUJO GASTROENOFAGICO CONTROLADO,ANTECEDENTES DE HIPOSPADIA CORREDGIDA, CIA, HIPERTROFIA AMIGDALAS, SINDROME DE HIPERVENTILACION, (TEA), HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL PROFUNDA,CIA, RINITIS ,ASMA, SINUSITIS CRONICAS, APNEA DEL SUEÑO, CONJUNTITIVIS ALERGICA, BAJA TALLA Y BAJO PESO” (sic), y que actualmente usa audífonos para poder escuchar y está aprendiendo lengua de señas.

2.2. Que el diagnóstico de su hijo la llevó a interponer una acción de tutela en el año 2013 que correspondió al Juzgado 28 Penal con Función de Conocimiento de Bogotá, D.C., quien concedió la acción y ordenó la práctica de un examen de genética que para el momento requería el menor, y negó el tratamiento integral; decisión que fue modificada por el Juzgado 20 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta Ciudad, y en su lugar concedió el tratamiento integral deprecado en favor del infante SCHNEIDER MFUMU BARRERA.

2.3. Agregó que se le han impuesto diferentes obstáculos por parte de la accionada para la prestación del servicio de transporte, por no contar con orden para tal fin y porque ese servicio no fue mencionado expresamente en el fallo de tutela, situación que a juicio del Juzgado 28 Penal con Función de Conocimiento de Bogotá, D.C., corresponde a un hecho nuevo no discuto en la acción primigenia y referida en líneas anteriores.

2.4. Adujo que el servicio de transporte le fue prestado hasta el mes de mayo de 2016, con el argumento que dicho servicio no estaba incluido en la acción de tutela, por lo que, presentó una nueva acción constitucional que fue conocida por el Juzgado 65 Civil Municipal de Bogotá, D.C., quien la negó al considerar que se presentó un hecho superado, pues el servicio fue restablecido por la pasiva.

2.5. Como soporte factico de su acción agregó que presenta muchas dificultades para acceder al servicio de transporte, puesto que la parte accionada le exige órdenes médicas y debe someterse a un procedimiento administrativo que resulta demorado.

2.6. Agregó que el 27 de mayo de 2020 formuló incidente de desacato ante el Juzgado 28 Penal con Función de Conocimiento de esta Ciudad empero dicho Estrado Judicial negó la apertura del mismo aduciendo que el servicio de transporte no fue ordenado de manera taxativa en la acción de tutela que allí se tramitó, cuya impugnación conoció el Juzgado 20 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C.; luego, debería ventilarlo a través de una nueva acción constitucional.

2.7. Por último, agrego ser madre cabeza de hogar, y que no percibe ni salario, ni pensión, ni rentas.

3.- En el trámite de primera instancia el Juzgado 36 Civil Municipal de Bogotá, D.C., a quien correspondió por reparto la acción, admitió el amparo

mediante auto del 19 de junio de 2020, y ordenó correr traslado a la EPS accionada y vinculó a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, al JUZGADO 28 PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE CONOCIMIENTO, al JUZGADO 20 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCION DE CONOCIMIENTO, a BHM SOLUSIONES, al JUZGADO 65 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ, a la FUNDACIÓN CARDIOINFANTIL, FUNDACIÓN NEUMOLÓGICA COLOMBIANA, al HOSPITAL LA MISERICORDIA, a AUDIOCOM, a UNIMEQ, a la CLINICA NEUROREHABILITAR (BOGOTA y La CALERA), a ICAL SEDE BOGOTA Y CHIA, a PRORTHOPEDICOS, al INSTITUTO ROOSVELT, al HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR, al HOSPITAL SAN JOSÉ INFANTIL, y a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

3.1.- la sociedad **BHM Soluciones Integrales** por conducto de su representante legal alegó que no tiene relación con el accionante, ya que durante la prestación de servicios de transporte dicha empresa era de EPS Famisanar, luego no tiene relación con la supuesta violación de los derechos del accionante.

3.2.- La **FUNDACIÓN NEUMOLÓGICA COLOMBIANA**, solicitó ser desvinculada de la acción de tutela pues la llamada a responder sobre los hechos de la misma y al tiempo encargada de efectuar la autorización de servicios es la E.P.S. a la que se encuentra afiliado el menor. Además de lo anterior, confirmó que, en efecto, el menor ha sido diagnosticado con diferentes dolencias en esa institución.

3.3.- La **FUNDACIÓN HOSPITALARIA LA MISERICORDIA**, expuso en su defensa que no advierte de los hechos una acción u omisión que le sea atribuible o que vulnere los derechos del accionante. Agregó que la entidad encargada de autorizar el servicio de transporte es la E.P.S.

3.4.- A su vez, la **FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL**, adujo que es la E.P.S., la que debe garantizar los servicios requeridos por el agenciado, y que la última atención registrada fue en el mes de mayo del presente año, través de la herramienta de “teleconsulta” y que el paciente debe mantenerse en aislamiento debido a las comorbilidades padecidas, de acuerdo con las medidas adoptadas en el marco de la Pandemia Covid-19. Finalmente aclaró que esa institución no está agendando citas por consulta externa.

3.5.- La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** invocó en su defensa no estar legitimada en la causa puesto que no es una entidad prestadora del servicio de salud, porque no se expuso ningún hecho atribuible a esa entidad.

3.6.- Por intermedio de la titular del Despacho, el vinculado, **JUZGADO 28 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ, D.C.**, señaló que allí cursó la acción de tutela radicada con el número 2013-00122 en la que mediante sentencia de fecha 09 de diciembre de 2013 se concedió el amparo deprecado, y se ordenó a FAMISANAR EPS que autorizara la práctica del examen genético secuenciación de en CH07

(síndrome de Charge), y el suministro de unos audífonos especializados para la discapacidad auditiva diagnosticada.

Agregó que, mediante correo electrónico de fecha 27 de mayo de 2020 la accionante solicitó iniciar incidente de desacato y denunció que la pasiva había suspendido el servicio de transporte, alegando que el mismo no había quedado expresamente señalado en la decisión ya mencionada. Ante lo anterior, narró que ese Juzgado mediante auto del 02 de junio de 2020 rechazó la solicitud elevada “Teniendo en cuenta que el incumplimiento del servicio de transporte que requiere la accionante, es un hecho nuevo y ajeno al análisis efectuado en fallo de tutela 2013-00122 del 9 de diciembre de 2013; el mismo deberá tramitarse bajo acción diferente al incidente aquí propuesto.” (Sic)

3.7.- Por intermedio de su Directora de Gestión del Riesgo Poblacional, **FAMISANAR EPS**, indicó que la acción de tutela es improcedente al erigirse como una acción temeraria, pues el mismo asunto fue discutido en tutelas anteriores que cuentan con pronunciamiento judicial; e hizo referencia a un fallo del año 2013, en el que se concedió el tratamiento integral y que el Juzgado 20 Penal del Circuito con Funciones de conocimiento aclaró en su momento que dicho fallo si incluía el servicio de transporte siempre que contara con una orden médica.

Agregó que la accionante pretende que en esta nueva solicitud de amparo que se le otorgue dicho servicio sin orden médica previa, y que esta no es la vía para hacer cumplir el fallo de tutela anterior.

3.8.- La **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**, invocó en su defensa no estar legitimada en la causa por pasiva, pues no es responsable de la prestación del servicio de salud, ya que dicha labor recae sobre las EPS. Respecto del recobro adujo que se trata de una facultad legal de las entidades promotoras de salud y que no debe ser ordenado en el fallo de tutela.

3.9.- A su vez, la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE ESE**, solicitó se le desvincule de la acción, pues luego de observar las peticiones de la parte accionante evidenció que no tiene pendiente ningún servicio de salud y que lo pretendido es de competencia exclusiva de la E.P.S. a la que se encuentra afiliado el mejor de edad.

3.10.- **ICAL** señaló que el menor inició el 18 de febrero proceso de intervención terapéutica semanal por “Logogenia”.

3.11.- Por otro lado, el Juzgado 20 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO, el JUZGADO 65 CIVIL MUNICIPAL, ambos de esta ciudad; y los demás vinculados: AUDIOCOM, UNIMEQ, CLÍNICA NEUROREHABILITAR, PROHORTOPEDICOS, INSTITUTO ROOSVELT, y el HOSPITAL SAN JOSÉ INFANTIL, guardaron silencio.

III. EL FALLO IMPUGNADO

El Juzgado Treinta y Seis (36) Civil Municipal de Bogotá, D.C., a través de sentencia del 30 de junio de 2020 negó la protección pedida, en síntesis, afincó su determinación en estas consideraciones:

Realizó un esbozo general de los hechos que dieron lugar a la solicitud de amparo, precisa lo ocurrido en desarrollo del trámite y señala la función asignada a la tutela dentro del ordenamiento jurídico para la protección de los derechos fundamentales, al tiempo que concluye que no se trata de una acción temeraria, por lo que prosigue con el estudio de la misma.

Descendiendo al caso objeto de estudio, advierte que el Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, D.C., no tuvo en cuenta lo ordenado en la decisión adoptada en segunda instancia por el Juzgado 20 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, como tampoco el auto de esa misma autoridad del 19 de mayo de 2016 en el que el juez de segunda instancia, precisó el alcance del tratamiento integral ordenado, el cual incluye el servicio de transporte del menor y que incluye todos los servicios que requiera en lo sucesivo.

Por ello estimó que lo pretendido a través de esta acción de tutela puede ser objeto de análisis al interior de trámite de incidente de desacato, aclarando que, en todo caso, deberá existir orden médica para la prestación del servicio de transporte, condición impuesta por la decisión del Juzgado 20 Penal del Circuito con Función de Conocimiento.

IV. LA IMPUGNACIÓN

Dentro de la oportunidad legal, la parte accionante, impugnó la decisión de primera instancia, aduciendo que desconoce el contenido del auto de fecha 19 de mayo de 2016 proferido por el Juzgado 20 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C., según el cual se ordena la prestación del servicio de transporte, empero, con orden médica. Sin embargo, manifiesta adherirse a su contenido.

Insiste en que lo pretende es la prestación del servicio de transporte, sin que tenga que mediar orden médica para acceder a aquel; puesto que la necesidad previa de dichas ordenes resulta ser una barrera administrativa de la EPS para prestarle el servicio de transporte.

V. CONSIDERACIONES

Este Juzgado de segunda instancia ostenta competencia para conocer y decidir la presente impugnación de conformidad con las previsiones, no sólo del Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del ejercicio de la acción de tutela, sino del Artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, por medio del cual se establecieron las reglas para el reparto de las acciones de tutela.

Es manifiesto en el caso objeto de estudio que la inconformidad de la parte accionante, radica en que el servicio de transporte que le fue ordenado en acción de tutela anterior está supeditado a que exista, previamente, una orden médica que ordene la prestación del servicio de transporte para su hijo menor de edad, quien padece diferentes quebrantos de salud; y pretende, que se le ordene dicho servicio, sin la necesidad de orden médica, con lo cual se eliminarían barreras administrativas para que su hijo SCHNEIDER MFUMU BARRERA pueda acceder al servicio de transporte.

En primer lugar, cabe resaltar que el derecho fundamental a la salud, “es un derecho fundamental cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto. Esto no implica, sin embargo, que deje de ser por ello un derecho fundamental y que no pueda gozar de la debida protección por vía de tutela, como sucede también con los demás derechos fundamentales.”¹.

Ahora, respecto al suministro de servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento, como pañales desechables, suplementos alimenticios y cremas hidratantes, servicio de transporte, etc., desde antaño, la H. Corte Constitucional ha decantado que el ser humano merece conservar niveles propios de salud, no solo para sobrevivir sino para desempeñarse adecuadamente.

Con respecto al servicio de transporte, señaló²:

“ACCESO A SERVICIOS Y MEDICAMENTOS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS-Reglas jurisprudenciales para acceder a los servicios que se encuentran excluidos

Se infiere que si bien el servicio de salud encuentra unos topes, la jurisprudencia constitucional ha admitido que en los casos en los que el afiliado requiera un servicio o un medio que no se encuentra cubierto por el PBS, pero la situación fáctica se acomoda a los requisitos anteriormente relacionados, es obligación de la EPS autorizarlos, en tanto prima garantizar de forma efectiva el derecho a la salud del afiliado.

SERVICIO DE TRANSPORTE COMO MEDIO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

En principio, el transporte, fuera de los eventos anteriormente señalados, correspondería a un servicio que debe ser costado únicamente por el paciente y/o su núcleo familiar. No obstante, en el desarrollo Jurisprudencial se han establecido unas excepciones en las cuales la EPS está llamada a asumir los gastos derivados de este, ya que el servicio de transporte no se considera una prestación médica, pues se ha entendido como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, visto que en ocasiones, al no ser posible el traslado del paciente para recibir el tratamiento médico ordenado, se impide la materialización del derecho fundamental.” (Subrayado fuera de texto original)

“Ahora bien, este tribunal ha abordado en distintas ocasiones el tema de los insumos que se necesitan para el manejo de personas que padecen pérdida del control de esfínteres (como por ejemplo el uso de pañales desechables), los cuales, a pesar de estar excluidos del POS, constituyen parte del manejo indispensable que a estos pacientes se le debe brindar para garantizarles una vida en condiciones dignas”³.

¹ Sentencia T-573 del 27 de mayo de 2005. Expediente: T-1053514. MP. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

² Corte Constitucional, Sentencia T – 032 del 12 de febrero de 2018. Expediente T-6.411-468. MP. Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

³ Sentencia T-154 de 2014.

Descendiendo al caso concreto, de los elementos probatorios allegados al proceso se concluye que el menor de edad SCHNEIDER MFUMU BARRERA, si requiere el servicio de transporte, tal y como le ha sido ordenado en múltiples oportunidades por galenos tratantes, adscritos a FAMISANAR EPS; tal y como consta en los diferentes anexos aportados con la tutela, sus respuestas, y que fueron aportados como anexo a la solicitud de desacato que rechazó el vinculado Juzgado 28 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C., quien aportó tales documentos al presente tramite constitucional.

Así, se evidencia, de lo aportado electrónicamente, se observa que la última orden médica de transporte data del 15 de octubre de 2019, y le fue ordenado: “transporte convencional urbano para citas médicas, exámenes, procedimientos quirúrgicos, los cuales son variables mensualmente, a promedio 6 semanales, 24 mensuales. Orden por 6 meses” -sello ilegible- (sic), de donde se contrae que el menor en efecto requiere el transporte, y además que los galenos tratantes se lo han ordenado en varias ocasiones.

Así las cosas, y luego de analizar de los anexos arrimados, el fallo de tutela de fecha 29 de enero de 2014 y el auto adiado 19 de mayo de 2016, ambos del Juzgado 20 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C., se colige de la primera decisión, que le fue ordenado en favor del menor accionante el tratamiento integral para sus padecimientos de salud, y en la segunda, que se aclaró por parte de dicho Despacho Judicial que el servicio de transporte se entiende incluido en la primera de las decisiones mencionadas, siempre y cuando haya sido ordenado por un profesional tratante; puesto que precisamente lo que garantiza el tratamiento integral es que el usuario o paciente no deba recurrir a sendas acciones de tutela cada vez que le sea ordenado un nuevo servicio, medicamento o procedimiento derivado de su patología, y debidamente ordenado por su médico tratante; sino por el contrario ello garantiza que el paciente goce de una continuidad en el tratamiento ordenado por los médicos tratantes en procura de la salvaguarda de su salud.

En cuanto a que se disponga que se le autorice y preste el servicio de transporte al menor SCHNEIDER MFUMU BARRERA sin que medie orden médica, debe tenerse en cuenta por parte de la accionante, que dicha solicitud escapa de la órbita de competencia del juez de tutela, dado que en diferentes pronunciamientos la H. Corte Constitucional ha insistido en que dicha prestación y otras, requieren de la orden o concepto previo de los galenos tratantes, quienes con fundamento en criterios científicos y médicos son los llamados a determinar cuales son los pasos o servicios requeridos por cada paciente de acuerdo a las necesidades concretas del mismo.

Lo anterior se reafirma en lo dispuesto en la jurisprudencia constitucional, particularmente en la T-651 de 2014, que señala⁴:

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T – 651 del 04 de septiembre de 2014. Expediente T-4.342.127. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

“TRATAMIENTO MEDICO-Juez solo puede ordenar lo indicado por el médico tratante

Se ha establecido de manera reiterada por parte de este Tribunal Constitucional que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. En términos generales, los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, (...) -lo cual supone un desaprovechamiento de los recursos – o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos.” (Énfasis y subrayado fuera de texto)

Continuando con lo atinente al tratamiento integral que ya le fue concedido al menor accionante, al respecto, ha señalado la H. Corte Constitucional en sentencia T-062 de 2017⁵:

“Principio de integralidad en la prestación de los servicios de salud, Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación, en diversas oportunidades, se ha referido al principio de integralidad en materia de salud. Una de las perspectivas a través de las cuales se ha abordado el tema, es aquella relativa a la adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas. Es decir, es obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio, propender hacia “la autorización total de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera con ocasión del cuidado de su patología y que sean considerados como necesarios por el médico tratante” como lo determinó también el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015.

En ese orden, no se puede imponer obstáculo alguno para que el paciente acceda a todas aquellas prestaciones que el médico tratante considere que son las indicadas para combatir sus afecciones, de manera oportuna y completa.

Así, por regla general, los servicios que deben ser otorgados de manera integral, son aquellos que el profesional de la salud estime pertinentes para atender el padecimiento que se presente. Al respecto, la Corte ha señalado que:

“(…) el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente. En tal sentido, se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante.”

Bajo esa perspectiva, dado que con el tratamiento integral se logra garantizar la atención eficiente, adecuada y oportuna de las patologías que puedan presentar los pacientes diagnosticados por el respectivo médico tratante, el amparo por vía de tutela se torna procedente.

Ahora bien, la Corte ha identificado que existen ciertos eventos en los que no se logra evidenciar con claridad que el tratamiento solicitado por el paciente

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T – 062 del 03 de febrero de 2017. Expediente T-5.763.044. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

relacionado con la atención integral, provenga de una orden médica o siquiera se acredite concepto o criterio del galeno, por tanto, sostiene que, en estos casos, el juez constitucional al conceder el amparo, debe ajustarse a precisos presupuestos, que le permitan determinar con claridad la orden que se pretende[33] dictar, a saber:

“(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable”

De igual manera, se considera pertinente resaltar que, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de este Tribunal, cuando están en juego las garantías fundamentales de sujetos que merecen una especial protección constitucional, como es el caso de menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas como sida o cáncer entre otras patologías, la atención integral en materia de salud debe ser brindada independientemente de que las prestaciones requeridas se encuentren o no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud.” (Negrillas del juzgado)

En el anterior orden de ideas, y luego de analizados los anexos aportados a la presente acción de tutela, y los apartes jurisprudenciales traídos a colación; concluye este Despacho que, en efecto, y así lo aclaró el Juzgado 20 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, D.C., al ordenar el tratamiento integral en favor del menor SCHNEIDER MFUMU BARRERA, incluyó en dicha orden el servicio de transporte, siempre que este hubiera sido ordenado por el galeno tratante, adscrito a la Entidad Promotora de Salud; por lo que, en aras de que la accionante no tenga que volver a incurrir a la presentación de sendas tutelas cada vez que le sea negado o suspendido algún servicio, al contrario, deberá formular sendas solicitudes de incidente de desacato ante el Despacho de conocimiento, con el fin de que en el trámite accesorio correspondiente, se determine si la parte accionada FAMISANAR E.P.S., incurrió en incumplimiento o desacato al fallo de tutela adiado 29 de enero de 2014, al cual se le dio alcance por parte del mismo fallador en auto del 19 de mayo de 2016, quien actuó en segunda instancia del Juzgado 28 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de esta Ciudad.

Ahora bien, se evidencia que en el trámite de la presente acción constitucional fue debidamente vinculado el Juzgado encargado de hacer cumplir el fallo de tutela que concedió tratamiento integral al menor SCHNEIDER MFUMU BARRERA, despacho que, en el presente asunto ejerció su derecho de contradicción y gozó de las prerrogativas inherentes al derecho de defensa, y que mediante auto del 02 de junio de 2020, se abstuvo de iniciar el trámite incidental pedido por la accionante ante un presunto incumplimiento a la orden de tutela impartida y respecto al servicio de transporte.

Lo señalado, comporta que este Despacho deduzca que el Juzgado encargado de verificar el cumplimiento de la orden de tutela, ha vulnerado el derecho fundamental de acceso a la justicia a la parte accionante⁶, ALBA

⁶ Sobre el contenido y alcance de este Derecho fundamental, la H. Corte Constitucional, Sentencia T – 799 del 21 de octubre de 2011. Expediente T-3057830. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, señalo:

REBECA BARRERA GARCIA en representación de SCHNEIDER MFUMU BARRERA, al abstenerse de impartir el trámite correspondiente a la petición de iniciar incidente de desacato, por el incumplimiento denunciado a la prestación del servicio de transporte.

Por lo anterior, esta instancia, en aras de salvaguardar los derechos del menor, y en procura de que se cumplan las ordenes de tutela impartidas por los Jueces competentes, ordenará al Juzgado 28 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C., que revoque la decisión referida (auto del 02 de junio de 2020) y en su lugar, inicie el correspondiente incidente de desacato, para que en el mismo, y con observancia de todas las formalidades propias de dicho trámite, se determine, si se incurrió o no, en incumplimiento a la orden de tutela tantas veces mencionada, por parte de FAMISANAR EPS, al suspender o abstenerse de prestar el servicio de transporte ordenado por los médicos tratantes al menor SCHNEIDER, de conformidad con las disposiciones de los Artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, y de ser procedente, imponga las sanciones correspondiente a los encargados de dicho cumplimiento.

Tal orden se impartirá, dado que, el juez de tutela puede emitir fallos que superen lo pedido en las solicitudes de amparo, siempre que evidencie la vulneración de algún derecho fundamental, aunque su protección no se hubiere solicitado por el extremo actor⁷.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo proferido el 30 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Civil Municipal de Bogotá, D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

“El derecho fundamental de acceso a la administración de justicia se encuentra consagrado en el artículo 229 de la norma superior en los siguientes términos: Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado. Este derecho ha sido entendido como la posibilidad reconocida a todas las personas de poder acudir, en condiciones de igualdad, ante las instancias que ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional que tengan la potestad de incidir de una y otra manera, en la determinación de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y la ley. Por medio de su ejercicio se pretende garantizar la prestación jurisdiccional a todos los individuos, a través del uso de los mecanismos de defensa previstos en el ordenamiento jurídico. De esta forma, el derecho de acceso a la administración de justicia constituye un presupuesto indispensable para la materialización de los demás derechos fundamentales, ya que, como ha señalado esta Corporación “no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso”. Por consiguiente, el derecho de acceso a la administración de justicia se erige como uno de los pilares que sostiene el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, toda vez que abre las puertas para que los individuos ventilen sus controversias ante las autoridades judiciales y de esta forma se protejan y hagan efectivos sus derechos.” (Negrillas del Juzgado)

⁷ Sobre el particular, puede consultarse entre otras, la Sentencia T – 104 del 23 de marzo de 2018. Expediente T – 6.374.278. M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

SEGUNDO: TUTELAR el derecho de acceso a la administración de justicia a la señora ALBA REBECA BARRERA GARCIA en representación de SCHNEIDER MFUMU BARRERA, conculcado por el Juzgado 28 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C., de acuerdo a lo anotado en el cuerpo de esta determinación.

TERCERO: ORDENAR como consecuencia de lo anterior, al Juzgado 28 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, a partir de la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, revoque o deje sin efectos el auto proferido el 02 de junio de 2020 al interior del incidente de desacato No. 2013-00122 promovido por ALBA REBECA BARRERA GARCIA en representación de SCHNEIDER MFUMU BARRERA en contra de FAMISANAR EPS; y en su lugar inicie el trámite correspondiente para determinar si existe o no incumplimiento a la orden de tutela impartida por su superior, en favor del extremo accionante; siguiendo los lineamientos de la parte considerativa de este proveído.

CUARTO: NOTIFICAR este fallo por el medio más expedito a los intervinientes, de tal manera que se asegure su conocimiento.

QUINTO: REMITIR el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



CONSTANZA ALICIA PIÑEROS VARGAS
JUEZ

JROC