

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

STP16614-2021

Radicación n° 120102

Acta No 303

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Se pronuncia la Sala en relación con la impugnación interpuesta por la accionante Katia Margarita Hernández Roca a través de su apoderado, frente al fallo de 13 de agosto de 2021 proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, en el que amparó el derecho fundamental de petición de dicha ciudadana y, a su vez, negó la solicitud de protección del debido proceso de la menor K.J.E.H., en la acción de tutela promovida en contra del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena y la Nueva EPS, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso, petición, libertad, acceso a la administración de justicia, seguridad jurídica, vida, salud y mínimo vital.

1. LA DEMANDA

El fundamento fáctico de la solicitud de amparo, así como las respuestas de las accionadas, fue expuesto por el A quo en los siguientes términos:

«Manifiesta el apoderado judicial de la parte accionante, que la menor K.J.E.H., de un año de edad, es una paciente crónica, diagnosticada con “Cirrosis Hepática”, que en virtud a dicha patología y por la renuencia de su entidad prestadora de salud, Nueva E.P.S. de autorizar ciertos medicamentos, gastos de transporte, alojamiento, alimentación para concurrir a sus citas de “Trasplante Hepático” en una ciudad distinta a la de su residencia, interpuso acción de tutela con el propósito de que se ampararan sus derechos fundamentales a la vida, salud, entre otros.

Arguye que al trámite constitucional se le asignó el Rad. N°

13-001-31-04-005-2021-00015-01 y fue conocido y fallado en primera instancia por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena y en segunda instancia por esta Sala, fundamentándose en las siguientes afirmaciones:

“2.1. Mediante proveído del 22 de febrero de 2021, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena admitió la acción de tutela de la referencia y concedió una medida provisional consistente en suministrar “Transporte aéreo, transporte urbano, albergue y alimentación en la ciudad de Bogotá para la menor K.J.E.H., identificada con el R.C-NUIP N° (...)1 un acompañante.

2.2. A través de sentencia del 4 de marzo de 2021, [el] Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, tuteló los derechos fundamentales de la menor, ordenando a la entidad accionada brindar un tratamiento integral con ocasión de la patología derivada del trasplante hepático; debiendo autorizar para tal fin: “la entrega permanente de todos los medicamentos, tratamientos y procedimientos en la cantidad y periodicidad que ordene el médico o la médica tratante (...) así como suministrar el transporte, alojamiento, a la menor y su acompañante, cada vez que requiera cita médica fuera de la ciudad, sin necesidad de acudir a otra acción de tutela, remitiendo a esta judicatura, copia del (os) acto(s) u órdenes que deba expedir para darle cumplimiento a este fallo de tutela, so pena de incurrir en desacato, por lo anotado en la parte motiva de esta sentencia. La medida provisional

decretada en el auto admisorio se torna en definitiva.” (Subrayas y negrillas fuera del texto)

2.4. Inconforme con el fallo, la NUEVA E.P.S. impugnó la decisión de primera instancia, reiterando los argumentos esbozados en la contestación de la tutela; frente a lo cual, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA -SALA PENAL-, confirmó la decisión de primera instancia” (Sic).

Señala el apoderado judicial de la parte actora, que habiéndose abordado tales circunstancias a través de una acción constitucional constituida por dos instancias, con obligaciones claras, ejecutoriadas y en firme, esperaban que el actuar de la entidad prestadora de salud, Nueva E.P.S., fuera acorde al fallo de tutela emitido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena -Sala Penal-; no obstante, asegura que la entidad promotora de salud, asumió posturas contrarias a propender la efectivización de los derechos fundamentales de la menor.

Seguidamente procede [a] hacer un recuento cronológico de las actuaciones desplegadas en aras de lograr el cumplimiento del mencionado fallo, de lo cual se puede destacar que el día 24 de marzo hogaño, la parte actora presentó incidente de desacato, atendiendo a que le habían negado suministrar oportunamente el medicamento inmuno supresor “Tacrolimus” ordenado a la menor desde el 26 de febrero de 2021 en las cantidades y dosis ordenadas por su médico tratante, siendo este de vital importancia para evitar rechazo del injerto.

Dicho trámite incidental, fue finalizado a través de auto de fecha 07 de mayo de 2021, en donde el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, se abstuvo de abrir incidente de desacato, advirtiéndole que la madre de la menor había manifestado que una semana atrás (principios de mayo), la E.P.S., había entregado el medicamento.

Se tiene además que la parte actora presenta una nueva solicitud de desacato el día 04 de

mayo hogaño, ello, teniendo en cuenta que tanto la menor K. como su madre desde el día 28 de abril de 2021, se encontraban en la ciudad de Bogotá, como ocurre mensualmente, dado que esa es la perio[di]cidad de los controles de la menor, para lo cual, la E.P.S. otorgó los gastos de hospedaje y transporte para ella y un acompañante; pero se abstuvo de otorgar la alimentación. No obstante, estando en la capital del país, la menor fue hospitalizada en la Fundación Cardio infantil y por estar internada le daban la alimentación, sin embargo, no ocurría lo mismo con la madre de la menor, razón por la cual acudieron ante la Nueva EPS quien manifestó que los gastos de alimentación no fueron ordenados en el fallo tutelar por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, por lo que a voces del profesional del derecho la madre de la menor se encontraba en la ciudad de Bogotá literalmente pasando hambre y mendigando comida.

Señala la parte tutelante, que el Juzgado hoy accionado solo hasta el día 19 de mayo de 2021, ordenó iniciar incidente de desacato, el cual fue despachado a través de auto de fecha 24 de mayo del 2021, y notificado el día 10 de junio de 2021, a través del cual el Juez hoy cuestionado, se abstuvo de abrir incidente de desacato por las siguientes razones: “Visto el informe secretarial que antecede y constatando que tal como viene expuesto, sería del caso dar inicio al incidente de desacato, pero se recibió escrito de parte de NUEVA EPS en el que informan que la entidad NUEVA EPS generó autorización de servicios No. 149929452 de TARIFA ADMINISTRATIVA INFANTE y PENALIDAD CAMBIO DE TIQUETE (DIFERENCIA TARIFARIA Y OTROS IMPUESTOS) remitido al prestador EXPRESO VIAJES Y TURISMO. El retorno se hizo efectivo el sábado 22 de mayo de 2021 a las 10:37 am con la compañía AVIANCA, igualmente el oficial mayor de este Juzgado al establecer comunicación con la señora KATIA MARGARITA HERNÁNDEZ ROCCA al abonado telefónico suministrado en el escrito del incidente, esta manifiesta que (...) la NUEVA EPS le brindó la alimentación y el sábado le dieron los tiquetes aéreos de vuelta a Cartagena, por lo que dio cumplimiento del fallo de tutela de fecha 04 de Marzo de 2021, en el sentido de suministrar el transporte, alojamiento, a la menor y su acompañante, cada vez que requiera cita médica fuera de la ciudad.” (Sic).

En razón a la anterior decisión, da cuenta la parte actora que la señora Katia Hernández Roca, presentó derecho de petición, mediante el cual expuso: “Buenas tardes, Sr. Juez del Juzgado 05 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena. Me veo en la necesidad de hacer este derecho de petición, porque no es cierto que la NUEVA E.P.S. me haya dado los alimentos mientras estuve en Bogotá y porque tampoco me han reconocido los alimentos para el día 14 de junio de 2021. Que me diga la persona que me llamó de parte del juzgado en qué momento yo les dije algo diferente a que nunca me habían dado los alimentos... por eso falta a la verdad ese documento que me reenvió el Dr. Fernando donde no siguen con el incidente de desacato supuestamente porque yo dije que sí me los habían dado. Están poniendo en peligro la vida de mi hija, porque cuando he estado en Bogotá la NUEVA E.P.S. no le ha importado que pasemos hambre y nos hacen recurrir a la caridad. Les pido que, por favor, también tengan en cuenta la solicitud que le radiqué a La Nueva E.P.S. el día de hoy por correo electrónico, porque tampoco me han dado un medicamento que se llama VAL GANCICLOVIR 250MG/5ML EQ.5G/100ML (POLVO PARA SUSPENSIÓN ORAL FRASCO *12G) UNIRS. La petición que les hago es que me digan al fin y al cabo si tengo que presentar otra acción de tutela o qué tengo que hacer para que me den los gastos de alimentación, porque no tengo recursos para pagarlos cada vez que voy a la ciudad de Bogotá.” (Sic).

Narra la parte actora, que de la anterior petición recibió respuesta del Juzgado accionad[o], a través del cual le informó (...): “Buenas tardes señora Katia, en respuesta nuevamente a su petición se indica, que si surgen nuevos hechos que difieren de lo concedido en la acción de tutela tramitada en este Juzgado, ya no es resorte de este despacho judicial, debe indicarle su apoderado el procedimiento a seguir en las nuevas situaciones que surjan en cuanto a la negativa de la EPS de suministrarle lo que usted afirma, se le recalca que debe apegarse a lo [que] estrictamente se resolvió en la acción de tutela que este juzgado tramitó.” (Sic).

En virtud de lo anterior, a juicio de la parte actora, desconoce el Juez de tutela de primera instancia, que, al acudir a una nueva acción de amparo, frente a hechos y circunstancias que ya fueron discutidas y falladas en otro trámite tutelar, tornan improcedente dicho mecanismo por ser cosa juzgada; por lo cual, no es posible que la menor, interponga una nueva acción de tutela, por hechos y pretensiones que ya fueron resueltos y fallados a través de una sentencia de tutela. Considera, además, que tanto el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena, como la Nueva E.P.S., tienen una errónea e inconstitucional interpretación del ordinal segundo del fallo de primera instancia; atendiendo a que en ninguna de las apreciaciones o en la parte resolutive del fallo existieron consideraciones tendientes a negar dentro de los gastos que debían sufragarse, el de la alimentación de la menor y un acompañante.

Seguidamente, pone de presente el togado defensor, que como ocurre mensualmente, la menor tiene cita de Control Postoperatorio y seguimiento por psicología clínica para el 27 de septiembre de 2021, para lo cual, la E.P.S. deberá reconocer además de los gastos de alojamiento y tiquetes, los de alimentación de la menor y un acompañante; toda vez que no cuenta con recursos para sufragar tales gastos durante el término en que se encuentre en la ciudad de Bogotá.

Finalmente, el profesional del derecho, sostuvo que en el caso de la menor K., existen unos hechos nuevos no previstos en la acción de tutela primigenia, en la cual se concedió un tratamiento integral únicamente frente a la patología derivada del trasplante hepático; no obstante, señala que la Dra. Ángela Cecilia Giraldo Agudelo, psicóloga clínica adscrita a la Fundación Cardio Infantil de la ciudad de Bogotá, diagnosticó a la menor una alteración de la conducta por “heteroagresividad”, para lo cual, dictaminó un plan de manejo consistente en “Consulta de Control o de Causa: Condición clínica del paciente Seguimiento cuando asista a control médico Seguimiento por Psicología, En: 1 Meses”.

Relata la parte tutelante, que lo anterior denota que la menor actualmente requiere

tratamientos adicionales en la Fundación Cardio Infantil por un nuevo diagnóstico. Por lo cual, requiere ante esa nueva patología y demás que llegaren a surgir a la menor, se conceda un tratamiento integral en aras de salvaguardar su vida, dignidad y salud.

En virtud de todo lo anterior, solicitan que se tutelen los derechos invocados, y como consecuencia de ello, se impartan las siguientes órdenes:

“1. (SEGUNDA) QUE SE ORDENE al JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CARTAGENA, (...) QUE MODULE la parte resolutive del fallo de tutela emitido el 04 de marzo de 2021, dentro del proceso con N° de radicación:

13-001-31-04-005-2021-00015-01, en el sentido de agregar los gastos de alimentación, para la menor y un acompañante, decretados en la medida provisional que conforme a la parte motiva de la providencia, se tornó en definitiva; en aras de efectivizar el derecho fundamental amparado por vía de tutela a la menor K.J.E.H.

2. (TERCERA) Como consecuencia de lo anterior, que SE ORDENE al JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CARTAGENA, declarar la nulidad del auto de fecha 24 de mayo de 2021, notificado el 10 de junio de 2021, a través del cual, la corporación judicial accionada se abstuvo de abrir incidente de desacato en contra de la NUEVA E.P.S. por un supuesto “evento superado”; con el propósito de que se continúe con el trámite, y se requiera a la entidad obligada a exhibir los soportes de que ha reconocido los gastos de transporte aéreo, transporte urbano, albergue y alimentación en la ciudad de Bogotá para la menor K.J.E.H., identificada con el R.C-NUIP N° (...) y un acompañante, para el día 27 de septiembre de 2021.

3. (CUARTA) Igualmente solicito a su señoría ORDENE a la NUEVA EPS S.A., representada legalmente por el Sr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE, o quien(s) haga(n) sus veces al momento de la notificación, que brinde un tratamiento integral a la menor, cuando del diagnóstico de una enfermedad diferente “TRANSPLANTE HEPÁTICO”, su médico tratante

ordene la entrega de medicamentos, tratamientos y procedimientos. Así mismo, que en caso de ser necesario el traslado a otro lugar o ciudad diferente al domicilio de la menor K.J.E.H.; PROVEA LO NECESARIO para el transporte, alojamiento y alimentación de la menor y un acompañante para tal fin.

4. (QUINTA) Igualmente solicito a su señoría fallar en ULTRA Y EXTRA PETITA en favor de la menor K.J.E.H., según lo estime su H. Tribunal; previniendo a los accionados: JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CARTAGENA (...) y a la NUEVA EPS S.A., (...) NO REQUERIR UNA NUEVA TUTELA para efectivizar el derecho amparado a la menor en la sentencia del 04 de marzo de 2021 dentro del proceso con Rad.: 13-001-31-04-005-2021-00015-01, así como garantizar el servicio de salud que requiere la menor con un TRATAMIENTO INTEGRAL. So pena de dársele aplicación a las sanciones por desacato.” (Sic).» (Negrillas originales)

2. EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, amparó los derechos de la promotora Katia Margarita y, a su vez, negó la solicitud protectora del debido proceso de la menor K.J.E.H, y al efecto, resolvió:

«PRIMERO: Tutelar el derecho de petición de la ciudadana Katia Margarita Hernández Roca, y como consecuencia de ello, se le ordena al (...) Juez Quinto Penal del Circuito de Cartagena, que si aún no lo hecho, proceda dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, a atender de manera clara, congruente y de fondo, la petición de fecha 10 de junio de 2021 incoada por la actora, hecho lo anterior, deberá informar las resultas de tal actuación a esta Corporación, por los motivos anteriormente considerados.

SEGUNDO: No tutelar el derecho fundamental al debido proceso de la menor K.J.E.H. (...) en lo que tiene que ver con la solicitud de nulidad del auto de fecha 24 de mayo hogaño

que se abstuvo de abrir incidente de desacato, por los motivos anteriormente considerados.

TERCERO: Declarar improcedente la acción de tutela incoada por la ciudadana Katia Margarita Hernández Roca, actuando en representación de su hija menor de edad K.J.E.H., en contra del Juez Quinto Penal Del Circuito De Cartagena y la Nueva EPS, ello, con relación a las pretensiones de modulación del fallo y tratamiento integral, lo anterior de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.».

Para tomar tales determinaciones, consignó las siguientes razones:

1. Tras destacar los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, concluyó que no es procedente la acción de tutela para ordenarle al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, modular el fallo de tutela de 4 de marzo del 2021 en el rad. 2021-00015-01, en el sentido de agregar los gastos de alimentación, para la menor K.J.E.H y un acompañante.

Al respecto, partió por señalar que en virtud del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional (CC T-673-1998) establece que el juez de instancia mantiene competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o superadas las causas de la amenaza, lo que posibilita que al amparar un derecho, conserve la facultad de dictar órdenes para asegurar su protección, e introducir ajustes a la orden original siempre que se respete la cosa juzgada (CC T-086-2003).

Asimismo, que el juzgado demandado en el trámite constitucional anterior, desde el auto admisorio, concedió la medida provisional invocada en el sentido de suministrarle a la niña K.J.E.H. y a un acompañante, transporte aéreo, transporte urbano, albergue y alimentación

en la ciudad de Bogotá, mientras que, en la sentencia tuteló los derechos de la menor y ordenó a la Nueva EPS darle un tratamiento integral con ocasión de la patología derivada del trasplante hepático.

«Ante los controles médicos postoperatorios, la menor y su señora madre han tenido que trasladarse a la ciudad de Bogotá, gastos que han sido suministrados por la EPS tal como lo ordena el fallo constitucional, no obstante, a voces de la parte actora la Nueva EPS ha omitido suministrar los gastos por alimentación, bajo el argumento que ello no fue ordenado en la sentencia constitucional inicial. Esa razón es la que motiva a la parte hoy actora a presentar este accionamiento para que se le ordene al Juzgado accionado y proceda a modular el fallo identificado con el radicado N° 13-001-31-04-005-2021-00015-01, en el sentido de agregar los gastos de alimentación, para la menor K.J.E.H y un acompañante.

Pues bien, con relación a lo anterior, y teniendo en cuenta lo dicho ut supra, ninguna duda existe que la solicitud de modulación que pretende la parte actora y sea ordenada a través de este trámite sumarial y residual, resulta viable, pero solicitarla ante el juez constitucional que profirió la sentencia de tutela, y no pretender a través de un amparo de idéntica naturaleza, soslayar los mecanismos internos con los que cuenta para tal fin, como lo son los trámites incidentales de cumplimiento y desacato, previstos en el Decreto 2591 de 1991.

Así pues, y sin mayores argumentos, la Sala concluye que la tutela al respecto se torna improcedente, dado que el legislador y la jurisprudencia constitucional, han endilgado al juez de tutela que profirió la orden de amparo, la posibilidad de adoptar las medidas encaminadas a que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.»

2. Frente a la pretensión de la accionante del amparo del debido proceso y del

derecho de petición con relación al trámite del incidente de desacato en el cual el juzgado demandado se abstuvo de darle inicio en auto de 24 de mayo de 2021 y cuya anulación persigue, consideró que el primero no ha sido conculcado mientras que, el segundo si ha sido desconocido.

Argumentó, que la decisión de 24 de mayo hogaño no contiene defecto fáctico en tanto que, frente a la solicitud de abrir el incidente con fundamento en que la accionante y la menor se encontraban en Bogotá en controles médicos y, no obstante la orden de tutela, la Nueva EPS no suministró gastos de alimentación argumentando que estos no fueron incluidos en la sentencia, lo acreditado en el trámite previo es que dicha entidad sí suministró recursos por tal concepto, y ello fue confirmado en llamada telefónica que sostuvo el despacho con la demandante.

De manera que, de forma razonada y con sustento en las pruebas allegadas al trámite incidental, el despacho demandado concluyó que no era procedente darle inicio al mismo, por lo cual, consideró: «la decisión de no seguir con el trámite incidental de desacato propuesto por la parte actora, se debió a una prueba documental allegada por la Nueva EPS donde daba cuenta que había suministrado, entre otras cosas, alimentos para la menor y su respectivo acompañante, con relación a ello, tenemos que en la pruebas obrantes en el expediente se observa autorización de servicios donde la EPS cuestionada prueba haber suministrado dichos alimentos: “Autorización de servicios No.148121480 de PAQUETE ALOJAMIENTO CADA NOCHE EN BOGOTA TARIFA POR PERSONA el cual incluía, hospedaje, transporte interno y alimentación remitido al prestador EXPRESO VIAJES Y TURISMO. Lo anterior, para asistir a control mensual post trasplante en la IPS FUNDACIÓN CARDIOINFANTIL (...)” (Negrillas de la Sala).».

De otro lado, encontró dable amparar el derecho de petición de la accionante dada su vulneración, de cara a la solicitud de 10 de junio de 2021 en que solicitó la prueba en donde se constatará que ella haya afirmado que se le suministró alimentos en la ciudad de Bogotá,

pues el juzgado contestó dicho pedimento el 25 de junio siguiente, que ante la existencia de hechos nuevos que difieren de lo resuelto en la acción de tutela, ya no era de su resorte pronunciarse, y que debía solicitarle a su apoderado procediera frente a las situaciones nuevas que se presenten, respuesta que no es clara, congruente y de fondo, sino evasiva, pues lo dicho por la autoridad cuestionada dista de lo pedido, en tanto que omite referirse a la prueba y/o elemento requerido por la parte actora, que acredite la comunicación telefónica sostenida con el empleado del juzgado y en la que ella aseguró haber recibido alimentos por parte de la Nueva EPS, durante su estancia en la ciudad de Bogotá.

3. Finalmente, frente a la pretensión del actor consistente en que como una psicóloga clínica de la Fundación Cardio Infantil diagnosticó a la menor una alteración de la conducta por “heteroagresividad”, y dictaminó un plan de manejo de “Consulta de Control o de Causa: Condición clínica del paciente Seguimiento cuando asista a control médico Seguimiento por Psicología, En: 1 Meses”, con fundamento en lo cual buscaba que se ordenaran tratamientos adicionales, consideró que la misma resulta improcedente en la medida que el tratamiento integral conferido a la menor a través del fallo de tutela se circunscribe exclusivamente a su patología de trasplante hepático, y no con relación a patologías nuevas que surjan en la menor.

Además, no hay prueba de que frente a esa nueva patología la EPS se encuentre incumpliendo con el suministro del servicio de salud, en cuyo caso contrario, podrá la accionante acudir a un nuevo trámite constitucional.

3. LA IMPUGNACIÓN

Katia Margarita Hernández Roca, a través de su apoderado, controvierte la decisión del Tribunal de Cartagena y busca su revocatoria parcial para que, se le ordene al Juzgado

Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esa ciudad, modular el fallo de tutela para efectivizar los derechos de la menor.

1. Frente a la determinación de declarar improcedente el amparo, con respecto a la solicitud de modulación de la sentencia de tutela, contrario a lo indicado por el A quo, en el trámite incidental obra el documento denominado “PRUEBA_30_8_2021_13_33_18.pdf”, contentivo de su solicitud de 10 de junio de 2021 mediante el cual requirió al juzgado accionado para que proceda a modular su decisión y a agregar en la misma los gastos de alimentación a favor de la menor y de su acompañante en la ciudad de Bogotá, y no obstante, no ha sido resuelta.

2. En segundo lugar, con respecto a la decisión de 24 de mayo de 2021, esgrimió que, contrario a lo inferido por el Tribunal el cual determinó que la prueba documental allegada por la Nueva EPS permite evidenciar que suministró los servicios de alimentación a la accionante, en el incidente se presentó por la parte actora el documento denominado “PRUEBA_30_8_2021_13_30_00.pdf”, folios 21 a 24, que contiene copia de las autorizaciones de referida entidad, en las que no se concedieron los aludidos gastos de alimentación, «por lo cual obvió analizar dichos elementos aportados por la parte accionante».

4. CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 333 de 2021 y el canon 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en tanto lo es en relación con la sentencia de tutela adoptada en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena.

2. Según lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene la facultad de promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean

vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

2. Como primera medida, la Sala estima necesario recordar que, como ya lo ha precisado en diversas ocasiones, cuando los sujetos procesales presentan solicitudes ante el funcionario competente, en el marco de la actuación en la cual están vinculados, y éste no las resuelve, el derecho conculcado no es el de petición sino el de debido proceso, en su manifestación del derecho de postulación, pues debe tenerse en cuenta que se está frente actuaciones regladas por la ley procesal.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T - 311 de 2013, señaló:

Esta Corporación respecto a las peticiones presentadas frente actuaciones judiciales ha sostenido que, en estos eventos, el alcance de este derecho encuentra limitaciones, por ello, se ha especificado que deben diferenciarse las peticiones que se formulen ante los jueces, las cuales serán de dos clases: (i) las referidas a actuaciones estrictamente judiciales, que por tales se encuentran reguladas en el procedimiento respectivo, debiéndose sujetar entonces la decisión a los términos y etapas procesales previstos para el efecto; y (ii) aquellas que por ser ajenas al contenido mismo de la litis e impulsos procesales, deben ser atendidas por la autoridad judicial en su condición, bajo las normas generales del derecho de petición que rigen la administración, esto es, el Código Contencioso Administrativo.

De cara a lo anterior, para la Sala resulta de diamantina claridad que, como lo impetrado ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, como juez de tutela, tiene como objetivo entre otros, la emisión de la copia de una pieza procesal en favor de Katia Margarita Hernández Roca, aun cuando dicho aspecto no es motivo de alzada y fue objeto de amparo

-del derecho de petición-, independiente de la denominación que el postulante o la autoridad le arroguen a la solicitud si el objetivo de tal comunicación es que se pronuncie sobre alguna temática particular en el marco de sus funciones, así, frente a la reproducción aludida, el derecho que encontraría compromiso en caso de omitirse resolver tal solicitud, lo es, indefectiblemente, el del debido proceso en sus manifestaciones de postulación y acceso a la administración de justicia.

2. Aclarado lo anterior, en el presente caso, conforme con la impugnación de la parte actora, el problema jurídico consiste en resolver si la Sala A quo acertó al no acceder al amparo de los derechos fundamentales de K.J.E.H. en el marco del incidente de desacato promovido por su representante legal Katia Margarita Hernández Roca, en dos escenarios diversos, los cuales serán abordados de manera independiente: i) al no ordenar la modulación de la sentencia de 4 de marzo de 2021 del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, por considerar que cuenta con la posibilidad de solicitárselo directamente a dicha autoridad; y, ii) al determinar que la decisión de 24 de mayo del 2021, mediante la cual el funcionario judicial demandado se abstuvo de iniciar incidente de desacato es razonable, en razón a que no realizó una valoración íntegra de las pruebas aportadas al mismo.

4. Sobre las facultades del juez de tutela que conoce los incidentes de desacato. Reiteración de jurisprudencia.

De manera reiterada esta Sala ha puesto de presente que el incidente de desacato es uno de los mecanismos con los que dispone el Juez de tutela para lograr la protección de los derechos fundamentales amparados.²

Asimismo, ha acogido los criterios establecidos por la Corte Constitucional para valorar si la autoridad accionada ha cumplido con la orden de tutela que le fue impartida, los cuales

fueron recogidos en la sentencia CC T-482 de 2013:

«En suma, la labor del juez constitucional y su margen de acción en el trámite de un incidente de desacato estará siempre delimitada por lo dispuesto en la parte resolutive del fallo correspondiente. Por esta razón, se encuentra obligado a verificar en el incidente de desacato “(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma”. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa. Así, de existir un incumplimiento “debe[rá] identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada” hipótesis en la cual procederá la imposición del arresto y la multa.»

En relación con la exigibilidad y posibilidad del cumplimiento por parte de la autoridad accionada, la jurisprudencia ha desarrollado la facultad excepcional del juez de tutela para impartir órdenes adicionales o modificar aquellas que inicialmente fueron impartidas, de manera que se garantice el amparo concedido.

Por ese motivo, en varias oportunidades se ha resaltado que la decisión que hace tránsito a cosa juzgada es la de proteger un derecho constitucional³, siendo competencia del juez de tutela de primera instancia o en grado jurisdiccional de consulta, modular las órdenes impartidas para garantizar su goce efectivo, como fue recogido en la sentencia CC T-086 de 2003:

«...el juez encargado de resolver la consulta en un incidente por desacato, puede complementar o ajustar las órdenes impartidas, cuando tiene competencia para ello, por haber sido juez de primera o segunda instancia dentro del proceso; ha comprobado que tal modificación a las órdenes originalmente impartidas es indispensable para asegurar el goce efectivo del derecho amparado en la sentencia; y existe una relación directa entre el objeto

del proceso de desacato y la necesidad de adoptar medidas adicionales para que dadas las circunstancias del caso concreto el fallo sea cumplido. La modificación de los aspectos accidentales de la orden debe estar orientada en el mismo sentido de la orden consignada en la parte resolutive del fallo y, por lo tanto, no puede atentar contra su eficacia, sino que la debe asegurar...»

Así fue reiterado en la sentencia CC SU-034 de 2018:

«...esta Corporación ha admitido en determinados eventos la posibilidad de que el juez instructor del desacato module las órdenes de tutela... en el sentido de que incluya una orden adicional a la principal o modifique la misma en sus aspectos accidentales -es decir, en lo relacionado con las condiciones de tiempo, modo y lugar-, siempre y cuando ello sea imprescindible para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales amparados en sede de tutela, respetando el principio de cosa juzgada y sin alterar el contenido esencial de lo decidido originalmente, de conformidad con los siguientes parámetros o condiciones de hecho:

(a) Porque la orden original nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado, o lo hizo en un comienzo, pero luego devino inane;

(b) Porque implica afectar de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público -caso en el cual el juez que resuelve modificar la orden primigenia debe buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz-;

(c) Porque es evidente que lo ordenado siempre será imposible de cumplir.»

De ahí que la función del juez del desacato es procurar garantizar el amparo que en su momento fue concedido, propósito por el cual está facultado para modular la orden impartida en la sentencia de amparo e impartir mandatos nuevos que encaminen la

efectividad del derecho fundamental protegido.

4.1. Análisis del caso concreto. Sobre la pretensión de modulación de la sentencia de tutela.

En el presente asunto, en el marco de la acción de tutela radicada bajo el número 0013104005202100015-01, se tiene que el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, admitió la petición de amparo el 22 de febrero de 2021, y a su vez, profirió medida provisional ordenando el suministro a K.J.E.H. de transporte aéreo, transporte urbano, albergue y alimentación en la ciudad de Bogotá por parte de la Nueva E.P.S., a efectos de su atención en salud por su padecimiento de cirrosis hepática y el tratamiento concerniente al trasplante hepático.

Luego, en sentencia de 4 de marzo de 2021, el juzgado tuteló los derechos fundamentales de K.J., y le ordenó a la Nueva E.P.S. brindar un tratamiento integral con ocasión de la patología derivada del trasplante hepático a la menor, debiendo autorizar el suministro “permanente de todos los medicamentos, tratamientos y procedimientos en la cantidad y periodicidad que ordene el médico o la médica tratante o sea, un tratamiento integral con ocasión de su patología derivada del trasplante hepático, que requiere la accionante K.J.E.H., así como suministrar el transporte, alojamiento, a la menor y su acompañante, cada vez que requiera cita médica fuera de la ciudad, sin necesidad de acudir a otra acción de tutela, remitiendo a esta judicatura, copia del (os) acto(s) u órdenes que deba expedir para darle cumplimiento a este fallo de tutela, so pena de incurrir en desacato, por lo anotado en la parte motiva de esta sentencia. La medida provisional decretada en el auto admisorio se torna, en definitiva.” (Subrayas fuera del texto)

«Es posible concluir entonces que, hay eventos en los que es necesario que el juez de tutela ordene a la EPS accionada que preste un determinado tratamiento o suministre determinados medicamentos o insumos, que resultan de vital importancia para el paciente o

bien porque de ellos depende su vida, o bien porque sin ellos se vulneran sus derechos fundamentales como la dignidad humana, y que no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, tal y como lo estableció la jurisprudencia anteriormente citada, que resulta plenamente aplicable a los casos bajo estudio.

La jurisprudencia constitucional más reciente ha delineado que, aún en los casos en los que no existe una prescripción específica de un determinado tratamiento o servicio médico (incluido o no en el POS), es factible proceder al amparo del derecho y a la concesión de lo solicitado cuando dimane claro de los hechos alegados, la incidencia que ellos tienen en el resarcimiento de la dignidad humana y el derecho a la vida del accionante.

De lo expuesto, es posible colegir que la prescripción de la asistencia médica solicitada en acción de amparo, debe entenderse bajo un criterio flexible, que no torne el requisito en un impedimento injustificado para acceder al servicio de salud.

En contraste, será la necesidad de la prestación requerida la que marque la pauta para su concesión, urgencia que en ocasiones no resulta atendida por las empresas prestadoras, lo cual no obsta para que el juez de tutela, observando las apremiantes circunstancias, le conceda las pretensiones al demandante, a fin de garantizar su derecho a la salud y procurarle una existencia en condiciones dignas, siendo procedente en este caso conceder el amparo constitucional en este punto.

(...)

En el caso en estudio se trata una niña de año y tres meses de edad, que fue intervenida realizándole un trasplante hepático, por padecer de cirrosis hepática, razones por las cuales se observa de las pruebas aportadas que requiere de un tratamiento y control por la condición misma de su padecimiento su atención en salud no debe estar limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.».

Tal determinación fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena mediante fallo de 4 de mayo de 2021.

Es decir, la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada fue la de proteger los derechos constitucionales de la menor K.J.E.H. en relación con la descrita patología, en el sentido de que se le debía suministrar un tratamiento médico integral de salud, al igual que, según la sentencia, cubrirse los gastos a ella y a su acompañante, por los conceptos de transporte, así como de estadía.

Ahora, a raíz del supuesto incumplimiento por parte de la EPS en punto de la alimentación para K.J.E.H. y la aquí promotora Katia Margarita, se adelantó incidente de desacato el 28 de abril de 2021, postulación frente a la que, la entidad de salud justificó que dicho concepto -de alimentación- no fue comprendido en la orden de tutela. Sin embargo, al momento de decidir el incidente, en auto de 24 de mayo de 2021, el Juzgado se abstuvo de iniciarlo al advertir que de acuerdo con las constancias dejadas en la actuación ese ítem ya estaría cubierto.

En ese contexto, el debate que surge, es si la sentencia de tutela de 4 de marzo de 2021 del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, dispuso o no el suministro de rubro a favor de la parte actora para cubrir su alimentación durante los desplazamientos a otras ciudades para el tratamiento de la patología diagnosticada, aspecto frente al cual, la Corte evidencia, efectivamente, dificultad respecto el alcance de las órdenes emitidas por el Juez de tutela, ya que, a pesar de que al momento de establecerse los gastos que debían cubrirse en la parte resolutive del fallo -transporte y alojamiento- no se mencionó expresamente, si se puede entender obligado, a partir de la significación que se otorgue a que «la medida provisional decretada en el auto admisorio se torna, en definitiva», pues en ésta sí se accedió a los gastos por alimentación.

Aspecto que, para la Sala, denota la necesidad de intervenir en procura de garantizar los

derechos de la menor, porque la duda que se identificó y que ha dado lugar a la proposición del trámite incidental, debía disiparse, incluso, de forma oficiosa por el Juez a cargo de ese trámite constitucional, una vez conoció la discusión que se trabó sobre cómo debía garantizarse el goce efectivo del derecho fundamental que protegió.

De allí que, con independencia, de que se haya o no presentado solicitud de la parte interesada para ello, punto por el cual surgió también controversia según los términos en que se sustentó la impugnación, lo cierto es que, las dudas que deja la parte resolutive del fallo, no permiten conocer el verdadero alcance del amparo tuitivo concedido a la niña.

Sobre este punto, necesario se ofrece hacer un paréntesis en la resolución del caso concreto, ya que si bien las accionantes, por intermedio de su abogado, señalan que acreditaron que esa solicitud ya fue presentada ante el despacho por medio del memorial de 10 de junio de 2021, obrante, según indica este, en el archivo “PRUEBA_30_8_2021_13_33_18.pdf”, en donde, según afirma, solicitó: «Modular el fallo de tutela, en el sentido de agregar los gastos de alimentación, para la menor y un acompañante, esto, teniendo en cuenta que como se advierte en la solicitud, la falta de previsión de esta en el fallo de tutela se ha convertido en una barrera para que la menor acceda a sus citas de control, ante la falta de recursos para concurrir con estos gastos, y, en consecuencia, para efectivizar el derecho fundamental amparado por vía de tutela», sin que a la fecha se haya emitido respuesta.

Revisada la actuación allegada a esta Corporación, no obra constancia de ello, es decir, de que el referido documento se encuentre incorporado en este trámite constitucional⁴, ni tampoco fue aportado por el apoderado especial por medio de la impugnación ante la Corte Suprema de Justicia, luego, más allá de la manifestación personal del togado, no existe acreditación documental de que se haya presentado solicitud tal -de modulación de la sentencia-, ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena acusado.

Entonces, retomando el asunto de fondo, se aprecia que la decisión de tutela del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena al determinar el amparo de los derechos fundamentales de la menor K.J., adolece de defectos que la vuelven confusa, por cuanto, su alcance es ambiguo y poco claro. Ello, comoquiera que al integrarse en el fallo de tutela la vigencia definitiva de la medida provisional que ordenó el suministro para la niña y su acudiente por la Nueva E.P.S. de «transporte aéreo, transporte urbano, albergue y alimentación para la menor K.J.E.H. (...)» fuera de la capital de Bolívar y en el contexto de su tratamiento de salud por su trasplante hepático, se entendería cubierta la alimentación.

Sin embargo, como lo destaca la EPS, entre los mandatos expresos de la parte resolutive no se cuenta con tal corroboración, como si se hace respecto de hospedaje y transporte, situación por la que dicha entidad se excusa de cubrir dicho punto al entender que no se concedió; lo cual no resulta un tema intrascendente, pues, de acuerdo con las afirmaciones de la promotora constitucional, desconoce cuál es el camino que debe seguir para exigir -vía de desacato o a través de una nueva tutela- que se le facilite tal apoyo, en la medida que, afirma, no cuenta con los recursos para alimentar a la menor y a ella misma cuando se desplazan a la capital del país, lo cual las deja, en una situación de desprotección en cada uno de sus viajes que pone en igualmente en riesgo la salud de la paciente.

Y es esa situación la que merece ser revisada por el Juez Quinto Penal del Circuito, en la medida que se hace necesario superar esa disyuntiva para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales amparados en su decisión, por ejemplo, determinando si el rubro destacado está o no cobijado por la protección que encontró necesaria procurar cuando definió la procedencia del amparo constitucional.

De modo que, si lo que se buscaba era ordenar que la Nueva E.P.S. le suministrara los tres servicios requeridos por la niña y su familiar fuera de la ciudad de Cartagena en su tratamiento de salud, lo acertado y más sano para el alcance de la determinación era establecer que los tres ámbitos eran los que se comprendían en la orden, sin necesidad de

acudir a una fórmula semántica que en últimas generó confusión al punto de generar una barrera para el cumplimiento del fallo, como así lo destacó la misma tutelante.

Por consiguiente, de cara a la controversia suscitada por el sentido de la sentencia de tutela en el rad. 2021-00015-01 y en consideración a que resulta oportuno que el despacho judicial demandado concrete los ámbitos específicos de amparo de la sentencia de tutela de 4 de marzo de 2021, se revocará parcialmente la sentencia para amparar el derecho al debido proceso de K.J.E.H. y, en consecuencia, se le ordenará al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, emita una decisión en el sentido de modular o no la orden impartida en la providencia de 4 de marzo de 2021, por virtud de la cual protegió los derechos fundamentales de dicha menor.

1. Del acierto del Juzgado demandado al abstenerse de iniciar incidente de desacato.

En segundo lugar, con respecto a la queja elevada por la parte actora en contra del auto de 24 de mayo de 2021, por cuyo medio el juzgado demandado se abstuvo de iniciar incidente de desacato en contra de la Nueva E.P.S., al que le endilga la parte actora un defecto fáctico por no haberse valorado la totalidad de las pruebas aportadas en el trámite, se considera lo siguiente.

El mecanismo constitucional es una vía de protección excepcionalísima cuando se dirige en contra de providencias judiciales, tanto que su prosperidad depende del cumplimiento de estrictos requisitos, unos generales y otros específicos, ampliamente decantados por la jurisprudencia constitucional⁵. Tales exigencias implican una carga para el actor, no sólo en su planteamiento, también en su demostración.

En el presente asunto de conformidad con la línea jurisprudencial establecida, como ya lo

ha indicado en asuntos similares la Sala (CSJ STP14110-2021, rad. 119386, entre otras) en lo relacionado con la procedencia de la acción de tutela cuando lo pretendido se orienta a dejar sin efectos una decisión judicial adoptada al interior de un trámite incidental por desacato, se tiene:

«[...] tratándose de solicitudes de amparo en contra de las providencias proferidas en el curso de un incidente de desacato, como aquella que resuelve el incidente, la Corte ha establecido que procede la acción de tutela excepcionalmente, siempre que logre verificarse la existencia de una vía de hecho. Lo anterior, por cuanto es claro que, por medio del incidente de desacato, las autoridades judiciales toman decisiones que pueden llegar a vulnerar los derechos fundamentales de las partes.

Entonces, siendo procedente de forma excepcional la acción de tutela, debe tenerse presente que durante el trámite de tal incidente no se deberán ventilar asuntos que afecten la ratio decidendi, ni la decisión que con base en ésta se adoptó en el fallo de tutela, y que sirve como fundamento para promover el incidente de desacato. Así, el estudio de una acción de tutela interpuesta contra un incidente de desacato deberá limitarse, en todo caso, a la conducta desplegada por el juez durante el incidente mismo, sin consideración alguna del fallo que le sirve de trasfondo. Lo contrario sería revivir un asunto debatido que hizo tránsito a cosa juzgada (Resaltado del texto original).

La procedibilidad del amparo contra las providencias proferidas en el curso del incidente de desacato es entonces de carácter excepcional, y para que se configure es preciso (i) que se verifique el cumplimiento de las causales genéricas de procedibilidad, y (ii) que se acredite la existencia de una causal específica de procedibilidad» (C.C.S.T-482/2013)».

En ese contexto, debe recordarse que acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Cfr. Sentencias: C-590 de 2005, SU-195 de 2012 y T-137 de 2017, entre otras) la acción de tutela contra providencias judiciales, solamente es procedente de

manera excepcional y, siempre que se cumplan ciertos y rigurosos presupuestos de procedibilidad, agrupados en (i) requisitos generales; y (ii) causales específicas.

Mientras que los segundos, implican la demostración de por lo menos, uno de los siguientes vicios: a) un defecto orgánico (falta de competencia del funcionario judicial); b) un defecto procedimental absoluto (desconocer el procedimiento legal establecido); c) un defecto fáctico (que la decisión carezca de fundamentación probatoria); d) un defecto material o sustantivo (aplicar normas inexistentes o inconstitucionales); e) un error inducido (que la decisión judicial se haya adoptado con base en el engaño de un tercero); f) una decisión sin motivación (ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos en la providencia); g) un desconocimiento del precedente (apartarse de los criterios de interpretación de los derechos definidos por la Corte Constitucional) y; h) la violación directa de la Constitución.

Aplicando las premisas jurisprudenciales antes expuestas al caso concreto, debe señalarse que las exigencias de carácter general que hacen viable la tutela contra providencias judiciales, se cumplen, toda vez que (i) el caso es de relevancia constitucional, pues el objeto de debate es la vulneración del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29) y otras garantías, de Katia Margarita y su hija K.J.E.H. derivada de la decisión proferida por el Juzgado Quinto del Circuito con Función de Conocimiento de Cartagena.

Sumado a lo anterior (ii) no existe otro medio expedito de defensa judicial, toda vez que el proveído cuyo efecto pretende invalidar el demandante se halla en firme; (iii) la demanda se interpuso dentro de un término razonable, pues la última actuación data de 24 de mayo de 2021; (iv) el demandante identificó con suficiencia los fundamentos fácticos y las pretensiones, así como los derechos que consideran vulnerados. Finalmente, (v) no se discute por este cauce una sentencia de tutela.

En el presente evento, la parte demandante por vía de la acción de amparo, la decisión de 24 de mayo de 2021 del Juzgado Quinto del Circuito con Función de Conocimiento de

Cartagena, mediante la cual se abstuvo de dar apertura al trámite de incidente de desacato y declaró cumplida la orden emitida en fallo de tutela de 4 de marzo de 2021, pues considera que vulnera sus derechos fundamentales a la vida digna, debido proceso y defensa.

Ahora bien, el reclamo del demandante no tiene vocación de prosperar porque no se advierte defecto alguno en la argumentación con la que el Juzgado constitucional fundamentó la decisión controvertida, ni se evidencia arbitraria, sino razonable y ajustada a derecho.

Esto, debido a que la decisión de no dar apertura al trámite incidental se tomó de acuerdo con las pruebas allegadas por la Nueva E.P.S., en respuesta del requerimiento previo a iniciar el incidente aludido, que no es otra, que la documentación allegada por dicha entidad prestadora del servicio de salud, al efecto, se indica en el auto atacado:

Primero, la secretaria rinde el siguiente informe secretarial:

«Señor Juez, doy cuenta a Usted que dentro del incidente de desacato presentado por la señora KATIA MARGARITA HERNANDEZ ROCCA, presenta incidente de desacato en favor de la menor KEITY JOHANA ESPINOSA HERNANDEZ, contra de NUEVA EPS, por incumplimiento de parte de este últimos a lo ordenado en fallo de tutela fechado 04 de Marzo (sic) de 2021, se inició tramite de cumplimiento por auto de fecha 05 de Mayo (sic) de 2021. Informándole que se recibió escrito de parte de la NUEVA EPS, así como por comunicación con la incidentante manifestó sobre el cumplimiento del fallo de tutela. Sírvase Proveer. ».

A continuación, el juzgado demandado considera y resuelve no iniciar el incidente de desacato, con fundamento en:

«Visto el informe secretarial que antecede y constatando que tal como viene expuesto, sería del caso dar inicio al incidente de desacato, pero se recibió escrito de parte de NUEVA

EPS en el que informan que (...) generó autorización de servicios No. 149929452 de TARIFA ADMINISTRATIVA INFANTE y PENALIDAD CAMBIO DE TIQUETE (DIFERENCIA TARIFARIA Y OTROS IMPUESTOS) remitido al prestador EXPRESO VIAJES Y TURISMO. El retorno se hizo efectivo el sábado 22 de mayo de 2021 a las 10:37 am con la compañía AVIANCA, igualmente el oficial Mayor de este Juzgado establece comunicación con la señora KATIA MARGARITA HERNÁNDEZ ROCCA al abonado telefónico suministrado en el escrito del incidente, ésta manifiesta que la NUEVA EPS le brindó la alimentación y el sábado le dieron los tiquetes aéreos de vuelta a Cartagena, por lo que dio cumplimiento del fallo de tutela de fecha 04 de Marzo de 2021, en el sentido de suministrar el transporte, alojamiento, a la menor y su acompañante, cada vez que requiera cita médica fuera de la ciudad.

Así las cosas, sería del caso proceder a iniciar el correspondiente INCIDENTE DE DESACATO contra los representantes legales de la accionada NUEVA EPS, más habida cuenta del cumplimiento de la mismas al fallo de tutela de fecha 04 de Marzo (sic) de 2021...»

Lo anterior, teniendo en cuenta que la orden impartida por el Juzgado Quinto del Circuito con Función de Conocimiento de Cartagena fue la siguiente:

«PRIMERO: CONCEDER la acción de tutela interpuesta por la señora la Sra. KATIA MARGARITA HERNANDEZ ROCA, a través de apoderado judicial actuando como representante legal de su menor hija de edad KEITY JHOANA ESPINOSA HERNANDEZ contra NUEVA EPS, por violación a los derechos fundamentales constitucionales a la salud, en punto a un tratamiento integral, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la doctora ANGELA MARIA ESPITIA ROMERO en calidad de GERENTE ZONAL BOLÍVAR DE LA NUEVA EPS, proceda autorizar la entrega permanente de todos los medicamentos, tratamientos y procedimientos en la cantidad y periodicidad que ordene el médico o la médica tratante, o sea, un tratamiento integral con ocasión de su patología derivada del trasplante hepático, que requiere la accionante KEITY JHOANA ESPINOSA

HERNANDEZ, así como suministrar el transporte, alojamiento, a la menor y su acompañante, cada vez que requiera cita médica fuera de la ciudad, sin necesidad de acudir a otra acción de tutela, remitiendo a esta judicatura, copia del (os) acto(s) u órdenes que deba expedir para darle cumplimiento a este fallo de tutela, so pena de incurrir en desacato, por lo anotado en la parte motiva de esta sentencia. La medida provisional decretada en el auto admisorio se torna en definitiva.».

De la precitada transcripción se puede concluir que, la orden emitida por el despacho demandado recaía en el suministro integral de los gastos de transporte y alojamiento de la menor en el marco de su tratamiento de salud fuera de la ciudad de Cartagena, lo cual fue acreditado por la Nueva E.P.S. mientras que, con respecto al controvertido rubro de alimentación, según consta en el auto atacado, un empleado del juzgado estableció comunicación telefónica con la promotora en la cual, esta le indicó que también recibió alimentación por parte de la Nueva E.P.S.

De manera que, no existe elemento en el expediente que imponga considerar que el juzgado y su empleado faltaron a la verdad, y que establezca no solo que la comunicación no existió, sino que en esta la demandante no informó lo aludido por el oficial mayor del despacho, en el sentido de manifestarle que también obtuvo el cubrimiento de sus gastos alimenticios.

En ese orden, se tiene que la decisión tomada por el juzgado constitucional resulta razonable y debidamente motivada, por tal cognición se le recuerda, que la tutela no es el escenario para imponerle al juez natural adoptar uno u otro criterio ni obligarlo a fallar de una determinada forma, pues «el juez de tutela debe privilegiar los principios de autonomía e independencia judicial, por lo que debe considerar que, en principio, la valoración de las pruebas realizadas por el juez natural es razonable y legítima» (CC T-221/18).

Así entonces, dado que la injerencia del juez de tutela se limita a ejercer un control

constitucional, en cuanto a que la acción de amparo ha sido instituida para garantizar la defensa de los derechos fundamentales, con lo que no constituye una instancia adicional o paralela a la de los funcionarios competentes, la Sala no observa que la decisión del Juzgado Quinto del Circuito con Función de Conocimiento de Cartagena haya sido caprichosa ni advierte la existencia de alguna de las causales específicas que habilite la intervención del juez de tutela o alguna otra vulneración a los derechos fundamentales del actor, pues la decisión controvertida se ciñó a la jurisprudencia vinculante y a las pruebas obrantes en la actuación procesal.

De otro lado, se destaca que, en esta sede, se tiene que el impugnante alega que en el curso del incidente presentó el documento denominado “PRUEBA_30_8_2021_13_30_00.pdf”, en cuyos folios 21 a 24, asegura, se aprecian las copias de las autorizaciones proferidas por la Nueva E.P.S., en las que no se concedieron gastos por concepto de alimentación, y que no fue verificado por el Tribunal, sin embargo, como ocurrió con el elemento referido en párrafos supra, dicho documento tampoco obra en el expediente, por lo que no hay lugar a exponer consideración adicional alguna.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR parcialmente el fallo impugnado, para en su lugar, en consecuencia, AMPARAR el derecho al debido proceso de K.J.E.H. y, en consecuencia, ORDENAR al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, emita una decisión en el sentido de modular o no la orden impartida en la providencia de 4 de marzo de 2021, por virtud de la cual protegió los derechos fundamentales de dicha menor, de acuerdo con las consideraciones plasmadas en esta providencia.

Segundo.- En lo demás, el fallo se mantiene incólume.

Tercero.- NOTIFICAR la decisión de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991.

Cuarto.- REMITIR el diligenciamiento a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 La Corte omite incluir el número de identidad de la menor para proteger su derecho superior a la intimidad, con fundamento en el artículo 44 de la [Constitución Política](#) y los artículos 33 y 193 de la Ley 1098 de 2006.

2 Cfr. CSJ SCP ATP4129-2015, 27 Jul 2015, Rad. 81032; STP18631-2017, 07 de noviembre de 2017, Rad. 95148; entre otros.

3 Cfr. CSJ SCP, ATP530-2018, 20 Feb 2018, Rad. 97074; ATP719-2018, 13 mar 2018, rad. 97445; ATP835-2018, 10 Abr 2018, rad. 97555; entre otros.

4 Ello, de acuerdo con la revisión acuciosa de la demanda de tutela (obrante en 25 folios y formato PDF), en la que se hace la misma aseveración (Cfr. folio 11) y el anexo de la misma, denominado “03.anexo.pdf”, que obra en 297 folios.

5 Fallos C-590/05 y T-332/06.