

Sentencia T-107/07

ACCION DE TUTELA-Fallecimiento del bebé hijo de la peticionaria durante el trámite del proceso no exime pronunciamiento de fondo

DERECHOS DEL NIÑO-Fundamental y prevalente/DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental autónomo y prevalente

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fallecimiento de bebé como consecuencia de vacunas que no le fueron aplicadas y que requería con urgencia para su enfermedad

CORTE CONSTITUCIONAL-No se revisó el expediente por cuanto se observó que no se había notificado la demanda de tutela a los accionados/CORTE CONSTITUCIONAL-Advertencia al juez de adoptar medidas provisionales por tratarse de un niño menor de un año

Una vez recibido el expediente en la Corte Constitucional, fue seleccionado y repartido a la Sala de Revisión Número Ocho, que decidió abstenerse de revisarlo porque observó la configuración de una nulidad, comoquiera que el a quo no había notificado de la demanda a las entidades accionadas, por lo que le ordenó poner en conocimiento de esas entidades la demanda de tutela, para que ejercieran su derecho de defensa y, de ser necesario, rehiciera la actuación. No obstante, en su decisión, la Sala advirtió al Juez sobre la pertinencia de adoptar medidas provisionales, por tratarse de un niño menor de un año de edad, sujeto de especial protección del Estado. Sobre ese punto es indispensable aclarar que, aunque la Sala se percató de la urgencia de la solicitud elevada por la madre del menor, no podía adoptar las medidas provisionales de que trata el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, comoquiera que en el caso en estudio, para ese momento, como se explicó, la demanda no había sido notificada a las entidades accionadas, de manera que no estaban vinculadas al proceso de tutela y, por lo tanto, no era posible dar alguna orden sin violar el debido proceso y el derecho de defensa de las accionadas. Por ello se advirtió al a quo sobre la pertinencia de que adoptara tales medidas, mientras se daba el trámite adecuado a la demanda de tutela.

ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto por fallecimiento de bebé enfermo

Referencia: expediente T-1401042

Acción de tutela instaurada por Lida Maryory Roncancio Veloza contra la Clínica Cafam y

Cafam I.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., quince (15) de febrero de dos mil siete (2007).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión de la decisión adoptada por el Juzgado Cuarenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Lida Maryory Roncancio Veloza contra la Clínica Cafam y Cafam I.P.S.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Demanda

El 12 de junio de 2006, la Señora Lida Maryory Roncancio Veloza, actuando en representación de su menor hijo Jhon Alejandro Angel Roncancio, de 3 meses y medio de nacido, instauró acción de tutela contra la Clínica Cafam y Cafam I.P.S., al estimar que se encontraban amenazados los derechos fundamentales del niño, a la salud, a la integridad personal, a la seguridad social y a la vida, con la omisión de esas entidades en aplicar la vacuna “D.P.T. HEXAVALENTE ACELULAR y terapias de fisioterapia, fonoaudiología y fisiatría” que requería con carácter urgente, debido a su grave estado de salud. -Mayúsculas originales-

La señora Roncancio afirmó que el 17 de marzo de 2006, cuando el niño tenía sólo 17 días de nacido, fue llevado a la Clínica Cafam “por unos cólicos” donde estuvo por tres días en observación. Aseguró que “al no tener en la Clínica el cuidado requerido con JHON ALEJANDRO y dado que un recién nacido no tiene defensas, adquirió meningitis, por lo que tuvieron que trasladarlo a la unidad de cuidados intensivos en donde estuvo durante veintiún

(21) días”. -Mayúsculas y negrilla originales-

Posteriormente, el 10 de mayo fue nuevamente trasladado en ambulancia a la Clínica Cafam, en donde la Doctora Adriana Romero consideró que el bebé estaba en perfecto estado de salud, “por lo que lo devolvieron”. Sin embargo, ese mismo día en las horas de la noche, el niño ingresó por Urgencias a la Clínica Colsubsidio, donde le diagnosticaron una “BRONQUIOLITIS”, pero le manifestaron que no podían atender el bebé, porque no disponían de espacio en la Unidad de Cuidados Intensivos y fue necesario trasladarlo, otra vez, a la Clínica Cafam, donde permaneció por 17 días en la Unidad de Cuidados Intensivos.

La demandante acompañó con su escrito de tutela los siguientes documentos:

\* Copia de una receta médica expedida por la pediatra Dra. Adriana Rey, en la que se indica “Vacuna hexavalente DPT acelular cruz roja” para Jhon A. Angel. (Fl. 7)

\* Copia de un documento, del 20 de abril de 2006, con el logo de Cafam que se titula “ATENCIÓN INTEGRAL AL DISCAPACITADO ‘PROGRAMA CAFAM PARA TODOS’ COMITÉ EVALUADOR IPS CAFAM” en que se señala que Jhon Alejandro Angel con un mes y 24 días de nacido, diagnosticado con secuelas de meningitis “requiere manejo integral, fisioterapia intensiva. Por la edad habría que escoger la institución”, suscrito por la fisioterapeuta Dra. Maryam Martínez Alba. (Fl. 8)

\* Copia de un documento, del 19 de abril de 2006, con el logo de Cafam que se titula “ATENCIÓN INTEGRAL AL DISCAPACITADO ‘PROGRAMA CAFAM PARA TODOS’ COMITÉ EVALUADOR IPS CAFAM” en que se valoró por fonoaudiología a Jhon Alejandro Angel así: “paciente valorado por el servicio desde que ingresó a la UCI con succión pobre, llanto constante y disfónico que por antecedente de meningitis se beneficiaba con el programa de atención integral”, con firma ilegible. (Fl. 9)

\* Copia de la historia clínica del menor Jhon Alejandro Angel Roncancio en la Clínica de Cafam. (Fls. 10-15)

\* Copia de la historia clínica del menor Jhon Alejandro Angel Roncancio en la Clínica Colsubsidio. (Fls. 16-19)

## 2. Trámite de instancia y trámite en la Corte Constitucional

El Juzgado Cuarenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá<sup>1</sup>, mediante Auto del 22 de junio de 2006, admitió la demanda y concedió a la accionante tres (03) días, so pena de rechazo, para que informara si se encontraba afiliada a algún Régimen de Seguridad Social en Salud y, de ser positiva la respuesta, manifestara el nombre. Así mismo, que precisara contra quién se dirigía la demanda de tutela y allegara certificado de la negativa de los servicios solicitados expedida por la entidad de salud, así como de su incapacidad económica para sufragar los medicamentos y tratamientos ordenados al menor Jhon Alejandro Angel Roncancio.

Una vez vencido el término anterior, sin que la demandante se hubiera pronunciado sobre los requerimientos del Juez, mediante Auto del 7 de julio de 2006, éste rechazó de plano la acción de tutela (decisión que fue notificada a la accionante) y remitió la actuación a la Corte Constitucional, el 18 de julio de 2006, para su eventual revisión.

El 14 de agosto de 2006, se recibió en la Presidencia de la Corte un escrito de la demandante, mediante el cual solicitó la revisión de su expediente. En el escrito manifestó que la vida de su menor hijo (de 5 meses de nacido) estaba en peligro porque las vacunas que requería eran vitales por ser “un bebé de alto riesgo”. Así mismo, afirmó que no tenía medios económicos para costear las vacunas ni el tratamiento de rehabilitación para el bebé, por su alto costo, pero insistió en la necesidad de los mismos para el desarrollo del menor.

A su documento la actora anexó copia de dos certificaciones: i.) una sobre la necesidad de las vacunas de neumococo y de rotavirus, suscrita el 9 de agosto de 2006, por el médico pediatra Dr. Guillermo Landínez y ii.) otra que da cuenta de la matrícula del menor Jhon Alejandro para el año 2006 en el programa de estimulación adecuada, recibiendo tratamiento en las áreas de terapia física, ocupacional y del lenguaje; educación especial y psicología, de lunes a viernes en el horario de ocho de la mañana a una de la tarde, debido a que presenta “RETRASO EN LA SENCUENCIA DEL DESARROLLO”, suscrito por la Directora del Centro de Educación Especial Superior, el 10 de agosto de 2006. Así mismo, anexó copia de una constancia expedida por la enfermera jefe del Centro Médico Cafam C.A.P. Quirigua, el 19 de julio de 2006, sobre la existencia de determinadas vacunas y el valor de algunas de ellas. (Fl. 9-11, cuaderno de la Corte)

La Sala de Selección Número Ocho de la Corte, mediante Auto del 25 de agosto de 2006,

seleccionó para su revisión el expediente y lo repartió al Magistrado Alvaro Tafur Galvis, el 4 de septiembre del mismo año. En esta misma fecha se recibió en el Despacho del Magistrado Ponente otro escrito de la actora en el que solicitó que se diera prelación a su expediente porque necesitaba que se le aplicaran las vacunas a su bebé, que se encontraba hospitalizado en ese momento, y que eran de vital importancia su vida.

La Sala de Revisión Número Ocho, mediante Auto del 11 de septiembre de 2006, una vez revisado el contenido del expediente de la referencia, decidió abstenerse de revisarlo porque observó la configuración de una nulidad. No obstante, advirtió al Juzgado sobre la pertinencia de adoptar medidas provisionales conforme el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, por tratarse de un niño menor de un año de edad que es sujeto de especial protección por parte del Estado. Así lo expresó la Corte:

“6. Que, no obstante lo anterior, al revisar el expediente la Sala encontró que la demandante fue clara al señalar como demandado a la Clínica CAFAM y a la I.P.S. de la misma entidad, lo cual se podía verificar con la simple lectura de las pruebas que ella misma aportó con su escrito de demanda. En efecto, existe copia de dos documentos de la I.P.S. CAFAM en las que se observa que el cotizante es el padre del menor Jhon Alejandro y que éste es el beneficiario, de manera que no existe duda sobre la persona contra quién se dirigía la acción (Fls. 8 y 9, cuaderno principal); ii.) en esos mismos documentos se hace referencia a los requerimientos por fisioterapia: “Paciente con secuelas de meningitis hipertónica con compromiso en cabeza y cuatro miembros, con llanto continuo. Requiere manejo integral fisioterapia intensiva. Por la edad, habría que escoger la institución. (Abril 20/06)” y en cuanto a fonoaudiología se observa: “paciente valorado por el servicio desde que ingresó al a UCI con succión pobre, llanto constante y disfónico que por antecedente de meningitis se beneficiaba con el programa de atención integral (Abril 19/06)”; iii.) en la demanda de tutela la accionante proporcionó la dirección en donde se podía notificar a las entidades demandadas; iv.) a folio 7 del expediente obra una copia de la fórmula médica, suscrita por la médico pediatra Adriana Rey, con R.M. ilegible, en la que a nombre del menor Jhon A. Angel receta la “vacuna hexavalente DPT acelular” -Negrilla y subraya fuera de texto-.

7. Que la anterior información era suficiente para que el Juez hubiera dado trámite a la demanda de tutela notificando a las entidades demandadas y solicitando a ellas, tal como lo sugirió la demandante en su escrito, que informaran sobre la historia Clínica del menor Jhon

Alejandro “desde el momento de su ingreso a tal institución, los tratamientos a los que ha sido sometido, los medicamentos que le han sido formulados”, aunque es de tener en cuenta que la señora Roncancio aportó copia de la historia clínica de su menor hijo en la “CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM SUBDIRECCIÓN DE SALUD – IPS CAFAM” en la que se observa que ha sido hospitalizado en tres oportunidades, siendo la primera de ellas cuando el bebé tenía escasos 22 días de nacido, la segunda al contar con 1 mes y 15 días y la tercera a los 2 meses y 13 días.

8. Que de conformidad con los postulados que sustentan el Estado Social de Derecho establecido en la Constitución Política de 1991, es claro que las actuaciones de los particulares y funcionarios públicos donde se encuentren involucrados menores de edad, deben estar siempre orientadas por el principio del interés superior del niño<sup>2</sup>, de tal manera que los derechos en favor de éste, que expresamente han adquirido la categoría de fundamentales en virtud del artículo 44 superior, permanezcan incólumes y prevalezcan sobre los de los demás.

9. Que la Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que “la prevalencia de los derechos de los niños es desarrollo del principio del interés superior del menor contenido en el sistema normativo colombiano aún antes de la expedición de la Constitución de 1991, dado que el artículo 20 del Código del Menor (Decreto 2737/89) prescribe que “Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán sobre toda otra consideración, el interés superior del menor.”

10. Que “conforme se ha explicado por esta Corporación, corolario del anterior principio, es que “las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección – deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana

edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos.”<sup>34</sup> -Negrilla fuera de texto-

11. Que en el presente asunto, el Juez parece no haber tenido en cuenta que la solicitud de tutela se refería a un menor de un (1) año, cuyos derechos fundamentales se valoraron por su señora madre como amenazados por las entidades demandadas, por lo que era indispensable que en virtud del principio de oficiosidad el Juez agotara los medios que están a su disposición para evitar la vulneración de esos derechos, dándole el debido trámite a la acción de tutela de la referencia pues, como se vio, la accionante, madre del menor, cumplió los requisitos mínimos exigidos para su procedencia. Por lo anterior, resulta indispensable notificar de la demanda a las entidades accionadas para que ejerzan su derecho de defensa y, en todo caso, recordarle al Juez que cuenta con facultades para resolver toda duda procesal que se presente en el caso concreto, siempre pensando en preservar la integridad del menor.

12. En consecuencia, comoquiera que el asunto puesto en conocimiento del Juez de tutela reviste una gran importancia para la salud, integridad y vida del menor Jhon Alejandro Ángel Roncancio, que aparentemente requiere de una acción rápida, inclusive urgente, el Juez de instancia, en aras de proteger los derechos fundamentales del menor, mientras se surte el trámite de la acción conforme el principio del debido proceso, debe estudiar la pertinencia de alguna de las medidas provisionales establecidas en el artículo 7º del decreto 2591 de 1991. Por lo tanto,

RESUELVE:

“Primero.- ABSTENERSE de realizar la revisión de la decisión proferida en el asunto de la referencia, dada la existencia de la irregularidad advertida en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- ORDENAR al Juzgado Cuarenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá que, de conformidad con lo expuesto en el presente Auto, ponga en conocimiento de los demandados la demanda de tutela a la que se ha hecho mención en la parte motiva de esta providencia para que se manifiesten al respecto, en ejercicio de su derechos de defensa y, de ser necesario, rehaga la actuación.

Tercero. Ordenar que por Secretaría General se remita el expediente de la referencia al juzgado de instancia, y que, culminadas las actuaciones que se ordenan, vuelva el expediente a esta Sala, para continuar con la revisión.

Cuarto. Suspender los términos para fallar en el presente asunto, hasta tanto se adelanten y verifiquen las actuaciones ordenadas.”

En cumplimiento del Auto anterior, el Juzgado Cuarenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá, mediante Auto del 5 de octubre de 2006, resolvió “en orden a garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de la CLINICA CAFAM y CAFAM I.P.S. entéreseles de la existencia en su contra de la acción de tutela” promovida por la demandante en calidad de agente oficiosa de su menor hijo. Por lo tanto, ordenó requerir a esas entidades para que informaran, con destino al proceso, “cuál e[ra] la razón para negar la aplicación de la vacuna D.P.T. HEXAVALENTE ACELULAR y terapias de fisioterapia, fonoaudiología y fisiatría que requ[ería] el menor JHON ALEJANDRO ALNGEL RONCANCIO, ordenado por el médico tratante adscrito a esa entidad”.

Adicionalmente, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, como medida provisional dispuso: “Ordenar a las Entidades accionadas se sirvan suministrar y aplicar la vacuna D.P.T. HEXAVALENTE ACELULAR y las terapias de fisioterapia, fonoaudiología y fisiatría, requeridas por el menor y reciba la adecuada atención médica del caso, hasta que se obtenga conocimiento de la decisión que se adopte en la presente acción”.

Un funcionario del Juzgado -asistente judicial- suscribió un informe secretarial dirigido a la titular del Despacho, bajo la gravedad del juramento, en el cual señaló que “el día nueve (09) de octubre de dos mil seis (2006), vía telefónica informe (SIC) a la señora LIDA MARYORI RONCANCIO VELOZA del término concedido a las entidades accionadas para que se pronuncien sobre los hechos invocados en la tutela y me manifestó que el niño desafortunadamente ya había fallecido, sin embargo, le insistí en la necesidad de dar cumplimiento a coordinado (SIC) por la H Corte Constitucional, de igual manera informo al Despacho que ese mismo día un familiar de la accionante retiró los oficios para hacerlos llegar tanto a la IPS CAFAM y a la CLINICA CAFAM”. -Negrilla fuera de texto-

La demanda fue respondida el 17 de octubre de 2006 (punto 4., siguiente, de antecedentes);

se profirió fallo de primera instancia el 18 de octubre del mismo año (punto 5. de los antecedentes) y mediante oficio No.- 3166 del 30 de octubre de 2006, recibido en la Corte en la misma fecha, el Juzgado remitió las diligencias para continuar con la revisión. El expediente regresó al Despacho del Magistrado Ponente el 31 de octubre de 2006, según informe secretarial de esa misma fecha.

### 3. Contestación de la demanda

Mediante escrito del 12 de octubre de 2006, un funcionario de la Oficina de Atención al Usuario de la Unidad de Gestión de Calidad en Salud de Cafam remitió la “queja No. C3273” al Jefe de Departamento de Servicios de Salud Centro, de Cafam, para “su asignación, trámite y retroalimentación pertinente”. Así mismo, le solicitó que realizara la “evaluación respectiva” y le remitiera, antes de 8 días calendario, “copia de la respuesta enviada al(los) usuario(s) [se refería al Juzgado de primera instancia, donde el afectado era el menor Jhon Alejandro Angel] con los hallazgos y conductas tomadas al respecto.”

Mediante memorial JSSC-0163/06 del 17 de octubre de 2006, el Jefe del Departamento de Servicios de Salud Centro respondió la demanda de tutela informando al Juzgado que el menor Jhon Alejandro Angel Roncancio “por orden médica fue remitido a Centro de Educación Especial y Rehabilitación SUPERAR, cuyo informe se anexa y además es valorado en nuestra institución por Fonoaudiología y Fisioterapia.” Para finalizar, agregó que “[d]adas las condiciones de salud y frecuentes hospitalizaciones posiblemente dificultaron la aplicación del biológico DPT Hexavalente Acelular”. -Negrilla fuera de texto-

Al escrito anexó copia de un informe de fisioterapia del Centro de Educación Especial y Rehabilitación SUPERAR realizado en el mes de junio de 2006 (con evaluación inicial, objetivos del tratamiento y plan casero), en el que se anunció entrega también de un informe de evolución realizado a finales del mes de agosto de 2006, suscrito por la fisioterapeuta y por la fonoaudióloga. Además, en la presentación del informe se señaló que “[e]s importante anotar que el niño asiste al instituto hasta el 14 de septiembre, el 15 de septiembre su familia nos comunica que el niño había fallecido”. -Negrilla fuera de texto-

### 4. Decisión objeto de revisión

El Juzgado Cuarenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá5, mediante providencia del 18 de

octubre de 2006, concedió la tutela del derecho fundamental a la salud del menor Jhon Alejandro Angel Roncancio y, en consecuencia, ordenó “a la I.P.S. Cafam que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, preste al menor Jhon Alejandro Angel Roncancio la atención integral que requiere para el mejoramiento de su estado de salud, con la respectiva atención por parte de los médicos especialistas que requiera y autorizar el suministro de la vacuna D.P.T. Hexavalente Acelular y las terapias, conforme a lo descrito por el médico tratante.”

La anterior decisión la adoptó sin perjuicio de la siguiente consideración al final de su fallo “[s]i bien es cierto que, según comunicación telefónica con la Accionante, manifestó que el menor ya falleció, así como el informe de fisioterapia allegado por Cafam, en el que se afirma que el día 15 de septiembre su familia les comunica que el niño había fallecido, al no haberse allegado prueba de ello, es del caso solicitar a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que se sirva informar si en el registro civil de nacimiento No. 1028481118 de Jhon Alejandro Angel Roncancio, aparece anotación alguna de su fallecimiento.”

La Juez hizo una referencia a la naturaleza de la acción de tutela, al carácter fundamental y prevalente de los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños (C.P., Art. 44), a la Convención sobre Derechos del Niño<sup>6</sup>, a la prevalencia en el derecho interno de los Tratados Internacionales ratificados por Colombia (C.P., Art. 93) a la jurisprudencia constitucional sobre la protección de los derechos fundamentales de los menores dentro del Estado social de derecho y a la protección constitucional reforzada para los niños menores de un (1) año de edad, traducida en “la obligación de prestarle[s] la atención médica que requiera[n] en todos los casos. Cuando no están cubiertos por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá[n] derechos (SIC) a percibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado (C.P., art. 50)”.

En efecto, consideró que la situación del menor se encontraba dentro de ese contexto normativo y que, conforme la especial protección dispuesta en el artículo 13 superior para las personas que por su condición económica, física y mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y como la orden médica provenía de un médico adscrito a la demandada, “o al menos no se acreditó lo contrario, sin que tal ordenamiento pueda estar por encima de la salud del menor”, la tutela solicitada se debía conceder, dando la orden que anteriormente se citó, e inclusive para “la atención por los especialistas para el manejo que

requiera para el mejoramiento de su salud.”

Adicionalmente, indicó que como resultaba desproporcionado exigirle a la I.P.S. Cafam que asumiera de manera definitiva un gasto no previsto, al cual no estaba legalmente obligada, le autorizó repetir contra el FOSYGA, por los gastos en que incurriera para mantener el equilibrio financiero del sistema. Y, para finalizar, requirió a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que informara si en el registro civil del menor aparecía anotación alguna de su fallecimiento y, si así fuere, allegara copia del registro de defunción; no obstante, a pesar que en el expediente obra constancia del requerimiento a la entidad mencionada, mediante oficio No. 3055 del 19 de octubre (con anotación de que fue enviado por FRANQUICIA, en planilla, el día 23 del mismo mes) no obra la respuesta al mismo.

Mediante escrito del 24 de octubre de 2006, habiendo sido proferido el fallo de instancia el Jefe del Departamento de Servicios de Salud Centro de la Subdirección de Salud de CAFAM comunicó al Juzgado de instancia que “por informe de nuestra Trabajadora Social, el niño JHON ALEJANDRO ANGEL RONCANCIO, falleció en esta ciudad [Bogotá] el día 27 de septiembre de 2006”. -Negrilla y mayúsculas originales-

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Esta Sala es competente para revisar las providencias de tutela reseñadas, con base en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (arts. 33 al 36) y en cumplimiento del Auto del veinticinco (25) de agosto del año 2006, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Ocho de esta Corporación.

### 2. Consideración previa

La Constitución Política de 1991 trajo consigo una serie de cambios que van desde la concepción de Colombia como un Estado social de derecho, hasta, por ejemplo, la consagración de mecanismos, como la acción de tutela, para hacer efectivos los derechos constitucionales fundamentales de todas las personas que en ella misma se enunciaron, para lo cual se creó la Jurisdicción Constitucional con el objeto de hacer posible el ejercicio de esos derechos a la integridad y primacía de la Constitución, en la cual se consagran las reglas básicas de la convivencia pacífica y de la organización y ejercicio de los poderes públicos, cuyo respeto se asegura a través de la referida Jurisdicción.

No es necesario innovar argumentos para comprender que el derecho fundamental a la vida es el primer y más importante que pueda tener y querer preservar un ser humano, sin perjuicio de la concepción según la cual no hay derechos absolutos, y que ha sido explicada por la Corte Constitucional en casos muy precisos, en los que ha analizado la ponderación de ese derecho frente a otros, en circunstancias muy especiales. De manera que, sin importar ni ahondar en el punto de vista que se prefiera adoptar, es innegable que si un ser humano que ha buscado la protección del derecho primordial a la vida, no encuentra una respuesta oportuna a su solicitud, sin relevar las razones aducidas para justificar tal omisión, y la persona muere, con ello queda totalmente desvirtuada la importancia de cualquiera otro de los derechos de que era titular pues su vida es el presupuesto básico para el ejercicio de los demás derechos y, por lo tanto, perdería su razón de ser cualquier clase de actuación dirigida a protegerlos.

Así, en principio, podría afirmarse que la muerte de la persona que ha acudido a la acción de tutela para evitar ese perjuicio irremediable, haría improcedente el pronunciamiento de fondo por parte del Juez constitucional, por ausencia de sujeto al cual proteger sus derechos. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corte ha entendido que si bien esa circunstancia no permite dar una orden porque resultaría del todo ineficaz, también lo es que un acontecimiento de tal envergadura amerita el pronunciamiento de fondo sobre los hechos que motivaron a la persona en vida, a acudir en auxilio de su situación particular para preservar su existencia.

La Corte Constitucional, como guardiana de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales de las personas, no puede ser indiferente, pasiva, neutral ni flemática ante la ocurrencia de la muerte de una persona que buscó en la jurisdicción de la cual es su máxima autoridad, una esperanza para hacer efectivos sus derechos en vida. La Corte tampoco puede hacer menos que rechazar la negligencia de quienes sean responsables por ese hecho y por lo tanto, debe desplegar toda su competencia para tratar, en la medida de lo posible, de contrarrestar el daño irreparable causado en la persona que muere sin haber obtenido la protección a la que tenía derecho, por el simple hecho de existir y hacer parte de una sociedad erigida como un “Estado social de derecho”.

Resulta lamentable para la Corte, por decir lo menos, realizar en el presente asunto la revisión del fallo proferido dentro del proceso de tutela, para confrontarlo con los postulados

de la Constitución y la jurisprudencia constitucional sobre el tema puesto en conocimiento del a quo y, de se manera, valorar la decisión que éste adoptó frente a la eventual vulneración, por parte de las entidades accionadas, de los derechos fundamentales de un bebé que murió teniendo escasos 7 meses de vida y padeciendo una grave enfermedad durante su corta existencia, porque sin lugar a dudas cualquier pronunciamiento es esta Corte o de cualquiera otra autoridad del Estado no se compadece, compensa, ni neutraliza el daño ocasionado a su familia, especialmente a su señora madre, que fue quien acudió ante los jueces de la República para obtener la protección de los derechos de su menor hijo, cuando tenía tres meses y medio de vida, sin haberlo conseguido. Adicionalmente, para la Corte es particularmente relevante en este caso establecer, dentro del límite de sus competencias, cuáles fueron las personas (naturales o jurídicas) que estuvieron involucradas en el tratamiento médico del bebé, así como las autoridades que conocieron de su situación, en razón de esta acción de tutela, para darle el respectivo traslado a las entidades competentes para que investiguen sus conductas y determinen hasta qué punto son responsables en la muerte del menor Jhon Alejandro Angel Roncancio (Q.E.P.D.).

### 3. Materia sometida a examen

Como se anunció, a la Corte le corresponde en el presente asunto, establecer si la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá se adecuó o no a los parámetros de la jurisprudencia constitucional relativa al tema planteado por la señora Roncancio en nombre de su menor hijo, en cuanto a si la omisión de las entidades accionadas pudo vulnerar los derechos fundamentales del menor, en especial sus derechos a la salud y a la vida y, considerando las especiales circunstancias del caso, que culminaron con la muerte prematura del niño Jhon Alejandro Angel Roncancio durante el trámite de este proceso de tutela, verificar si las autoridades que intervinieron en el mismo pudieron actuar de una manera que sea jurídicamente reprochable y, así, eventualmente ser sujetos de investigación por parte de las autoridades correspondientes.

### 4. Los derechos de los niños en la Constitución de 1991.

La Constitución Política destaca la protección especial de los menores de edad en su artículo 44, según el cual los derechos de los niños y niñas tienen carácter especial y prevalente y son de naturaleza fundamental. Algunos de esos derechos son: a la vida, la integridad física,

la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, tener una familia y no ser separados de ella, la educación, la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Además, también gozarán de los demás derechos establecidos en la Constitución, las leyes y en los tratados internacionales.

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

El derecho a la vida de los niños ha sido establecido en infinidad de normas de carácter nacional e internacional<sup>7</sup> y la Corte Constitucional ha sido fecunda y prolífera en la producción de jurisprudencia relativa a la protección de ese y de los demás derechos de los niños.

Ahora bien, otro derecho fundamental, autónomo, en el caso de los niños, que son sujetos de especial protección, es el derecho a la salud, como se verá a continuación.

5. El derecho a la salud es fundamental autónomo y prevalente cuando se trata de los niños. Procedencia de la acción de tutela para proteger este derecho. Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional ha reiterado que los derechos de los niños a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, entre otros, son fundamentales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política. En efecto, la condición de fundamentales de esos derechos es independiente y autónoma<sup>8</sup>, y, en consecuencia, no es necesario establecerles conexidad con otros derechos de esa categoría para su reconocimiento, como sucede cuando se trata de otro tipo de personas. Por lo mismo, se entienden prevalentes<sup>9</sup> sobre los derechos de los demás y, cuando se encuentren amenazados o vulnerados, su protección debe ser inmediata por parte del juez constitucional<sup>10</sup>. La Corporación lo ha dicho de la siguiente manera:

“Tan clara es la voluntad del Constituyente de proteger de manera especial al niño, que sus derechos a su salud y a la seguridad social fueron reconocidos como fundamentales, tratamiento que no recibieron estos mismos derechos frente a las demás personas, pues con

respecto a éstas su protección por la vía de la tutela sólo es posible en la medida en que su desconocimiento pueda afectar por conexidad un derecho fundamental o un principio o valor constitucional”<sup>11</sup>.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en sostener que cuando se trata de los niños, que son sujetos de especial protección, derivada precisamente de la situación de indefensión y vulnerabilidad a la que se encuentra sujeta esa población infantil, se pretende garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, dando así cumplimiento al principio legal del interés superior, tal como ocurre con los derechos a la salud y a la seguridad social, que tiene carácter fundamental autónomo, mientras que esos mismos derechos referidos a otras personas, en principio, son derechos de naturaleza prestacional, porque se trata de un servicio público a cargo del Estado<sup>12</sup>, y el carácter de fundamentales lo adquieren sólo por conexidad, cuando con su afectación se pone en riesgo o se vulnera un derecho definido como fundamental y, por lo tanto, es necesario proteger los prestacionales para salvaguardar los fundamentales.

Adicionalmente, cuando se trata de niños menores un (1) año de edad, la Constitución Política fue clara al establecer que “[t]odo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado” (Art. 50), comprometiendo en esa medida a las autoridades encargadas de prestar el servicio de salud, en su protección, dada la inmadurez física y mental del recién nacido y su especial vulnerabilidad<sup>13</sup>, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional<sup>14</sup>.

Por su parte, el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) en el artículo 9º, prevé que todos los niños hasta los siete años de edad, tienen derecho a la atención integral de su salud, y por tanto con el fin de dar cumplimiento a esa obligación el Estado debe establecer programas especializados para el efecto. Sobre el particular, la Corte en la sentencia T-953 de 2003<sup>15</sup>, manifestó lo siguiente:

“(…) Aspecto de especial significación, dentro de la situación jurídica de los menores, en el plano internacional, viene a ser la satisfacción de sus necesidades básicas y, entre ellas, el derecho de los niños a disfrutar “del más alto nivel posible de salud física y mental”, obligación refrendada en el artículo 24 de la Convención sobre Derechos del Niño, a cuyo

tenor literal los Estados Partes se comprometen a asegurar la atención médica y necesaria de todos los niños, en especial la atención primaria en salud.

(...)

Consecuente con lo expuesto, esta Corporación, en reiterada jurisprudencia, ha desarrollado el concepto de interés superior de los menores, destacando cómo para la Carta el derecho de éstos a la salud es siempre fundamental “tratamiento que no recibieron estos mismos derechos frente a las demás personas, pues con respecto a éstas su protección por la vía de tutela sólo es posible en la medida en su desconocimiento puede afectar por conexidad un derecho fundamental o un principio o valor constitucional”.

También la Corte se ha detenido en la aplicación real y efectivo de los derechos de los niños previstos en el artículo 44 de la Carta, en cuanto esta disposición, entendida conjuntamente con los artículos 5° y 13 constitucionales, indica que no puede plantearse un conflicto de intereses en cuyo extremo se encuentre la protección integral de un menor, porque cuando se trata de los derechos de los niños estos prevalecen sin otra consideración.”

En ese orden de ideas, es claro que en los casos en que está de por medio la salud de un niño, independientemente de la edad que tenga, por el sólo hecho de ser un menor tiene derecho a recibir una atención adecuada y de forma regular por parte de las entidades que tienen a su cargo esa función, sin dilaciones injustificadas, en especial cuando se trata de un menor de siete años, pues, de lo contrario, se vulneran, entonces, los derechos fundamentales del menor cuando no se le permite el acceso efectivo a la prestación del servicio de salud que demanda.<sup>16</sup>

En síntesis, la Corte ha dicho que “categorizar de manera distinta tales atributos de los niños, constituye entonces una verdadera e injustificada desatención tanto al mandato constitucional que de manera clara y explícita les confiere el rango de fundamentales, como al desarrollo que el intérprete de la Carta Suprema ha dado a la disposición”.<sup>17</sup>

En consecuencia, como el artículo 86 de la Constitución Política estableció que la acción de tutela es un mecanismo expedito para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados, es claro, como lo ha sostenido esta Corporación, que los derechos a la salud y a la seguridad

social de los niños, por tener expresamente la categoría de fundamentales en la Constitución, son autónomos para efectos de ser protegidos por el juez constitucional de manera directa por esta vía, pues, como ya se indicó, no requieren de la conexidad que sí necesitan otros derechos con alguno de rango fundamental para que proceda su protección por vía de tutela. La Corte ha sido enfática en esta posición en su jurisprudencia, como pasa a señalarse:<sup>18</sup>

“Los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son fundamentales, según el artículo 44 de la Constitución Política. De acuerdo con la disposición enunciada y a diferencia de lo que se predica de tales derechos en relación con las demás personas, la seguridad social y la salud de los niños son derechos constitucionales de carácter fundamental y, en cuanto interesa a la viabilidad de la acción de tutela para protegerlos, ésta procede directamente y no, como sucede en otros casos, exclusivamente cuando su amenaza o vulneración significan amenaza o vulneración de derechos fundamentales como la vida y la integridad personal”.<sup>19</sup>.

“Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela. La razón que justifica la aplicación preferente del principio democrático a la hora de adscribir derechos prestacionales, resulta impertinente en tratándose de derechos fundamentales de los menores”.<sup>20</sup>

Efectivamente, el juez constitucional no puede invocar el carácter prestacional de los derechos a la salud y a la seguridad social cuando su estudio se relaciona con la eventual vulneración en cabeza de los niños y tampoco podrá exigir su conexidad con otros derechos de carácter fundamental, pues por la expresa referencia del artículo 44 de la Constitución Política, son fundamentales y prevalecen sobre los derechos de los demás<sup>21</sup>; situación esta por la que, además, la jurisprudencia también ha sido enfática en cuanto a que es obligación del Estado ofrecer una protección eficaz a los mismos. Así lo ha dicho la Corte:

“El derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los

niños".22

"El Estado colombiano no sólo debe garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir las necesidades de los menores, sino que debe abstenerse, a través de todos sus órganos, bien sean estos del poder central o de las entidades territoriales, de poner en riesgo tan preciado derecho. Ello, se reitera, por considerar que el niño forma parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección, debiendo adelantar una política de especial atención hacia ellos".23

En ese orden de ideas, no cabe duda que los niños son beneficiarios directos de la atención que debe brindar el Estado respecto de sus necesidades para proteger sus derechos constitucionales fundamentales, por remisión expresa de la Constitución Política.

6. Fallecimiento del demandante o beneficiario de la tutela durante el trámite de la misma. Reiteración de jurisprudencia. El Caso concreto

La acción de tutela que ahora ocupa la atención de la Corte fue instaurada por la señora Lida Maryory Roncancio Veloza, quien consideró vulnerados los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la seguridad social y a la vida de su menor hijo, Jhon Alejandro Angel Roncancio, en razón de que la Clínica Cafam y la EPS del mismo nombre, no le aplicaron las vacunas "D.P.T XEXAVALENTE ACELULAR y terapias de fisioterapia, fonoaudiología y fisioterapia" que el niño requería con carácter urgente, debido a su grave estado de salud, provocado por una meningitis que, según afirmó la madre del infante, adquirió en la misma Clínica Cafam por falta de cuidado en el manejo del niño cuando lo llevó a esa entidad para consultar por unos cólicos, cuando el bebé contaba a penas con 17 días de nacido.

El Juez Cuarenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá<sup>24</sup> rechazó la demanda, previa solicitud de corrección de la misma, porque la demandante no se pronunció sobre los requerimientos que, según el Juez, eran indispensables para darle trámite a la misma.

Sin embargo, al observar el escrito de tutela y las pruebas allegadas por la accionante, es claro que las dudas que le asaltaron al Juez sí tenían respuesta en esos documentos, de manera que el requerimiento que efectuó era totalmente innecesario, con lo cual lo único

que logró fue dilatar el trámite de la tutela y evitar una acción rápida ante la urgencia manifestada por la madre del menor, para obtener la atención que éste requería.

En efecto, según el Juez, era necesario que la demandante informara i.) si se encontraba afiliada a algún régimen de seguridad social en salud y de ser así, ii.) indicara el nombre de la misma. Así mismo, le solicitó que iii.) precisara contra quién se dirigía la demanda de tutela y iv.) allegara un certificado de la negativa de los servicios requeridos, expedida por la entidad de salud, así como que v.) manifestara su incapacidad económica para sufragar los medicamentos y tratamientos ordenados al menor.

Al leer el escrito de la demanda y sus anexos se observa que: i.) el niño Jhon Alejandro Angel era atendido como paciente beneficiario del señor Jhon Fabio Angel (padre del menor) identificado con C.C. 79'591.522 (Fls. 8 y 9, cuaderno No. 1) ii.) a través de la IPS Cafam (Fls. 8 y 9, cuaderno No. 1); iii.) que junto con la Clínica Cafam estaban claramente definidas como entidades accionadas (Fl. 3, cuaderno No. 1) pues entre los anexos hay copia de todos los documentos médicos en los que es claro que el menor era tratado en la Caja de Compensación Familiar Cafam, Subdirección de Salud - IPS Cafam (Fls. 8-15, cuaderno No. 1); iv.) que aunque la demandante no anexó un certificado de la negativa de la entidad a prestar el servicio requerido, tal requisito no es exigible para darle trámite a la demanda de tutela, entre otras razones, porque la carga de la prueba quedaba en manos de la entidad demandada, igual que v.) la relativa a la falta de capacidad económica de la demandante; pruebas que, de haberle dado trámite a la tutela, hubieran podido ser aportadas por las entidades accionadas y ser debatidas el proceso.

Sin embargo, el Juez, en total desconocimiento de los presupuestos constitucionales, legales y jurisprudenciales sobre la primacía de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, en su condición de sujetos de especial protección, sin considerar que se trataba de un bebé de escasos tres meses de edad, para el momento en que tuvo conocimiento de la demanda, que padecía una grave enfermedad y que su señora madre así lo manifestó en su escrito de tutela, la rechazó y remitió la actuación a esta Corporación para su eventual revisión.

Para la misma época en que el expediente fue remitido a esta Corporación para su eventual revisión, se recibió en la Corte un escrito de la madre del menor, en el cual manifestó que la

vida del niño estaba en peligro porque las vacunas que no le habían sido aplicadas eran de vital importancia para el menor por ser un bebé de alto riesgo. Así mismo, afirmó que no tenía medios económicos para costear las vacunas ni el tratamiento de rehabilitación, que son de alto costo, por lo que reiteró la necesidad de los mismos. A su escrito anexó copia de certificación médica sobre la necesidad de las referidas vacunas y de la certificación de matrícula del niño en el programa de estimulación adecuada, recibiendo tratamiento en las áreas de terapia física, ocupacional y del lenguaje, educación especial y psicología.

Una vez recibido el expediente en la Corte Constitucional, fue seleccionado y repartido a la Sala de Revisión Número Ocho, que decidió abstenerse de revisarlo porque observó la configuración de una nulidad, comoquiera que el a quo no había notificado de la demanda a las entidades accionadas, por lo que le ordenó poner en conocimiento de esas entidades la demanda de tutela, para que ejercieran su derecho de defensa y, de ser necesario, rehiciera la actuación. No obstante, en su decisión, la Sala advirtió al Juez sobre la pertinencia de adoptar medidas provisionales<sup>25</sup>, por tratarse de un niño menor de un año de edad, sujeto de especial protección del Estado.

Sobre ese punto es indispensable aclarar que, aunque la Sala se percató de la urgencia de la solicitud elevada por la madre del menor, no podía adoptar las medidas provisionales de que trata el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, comoquiera que en el caso en estudio, para ese momento, como se explicó, la demanda no había sido notificada a las entidades accionadas, de manera que no estaban vinculadas al proceso de tutela y, por lo tanto, no era posible dar alguna orden sin violar el debido proceso y el derecho de defensa de las accionadas. Por ello, se repite, se advirtió al a quo sobre la pertinencia de que adoptara tales medidas, mientras se daba el trámite adecuado a la demanda de tutela.

Sobre el particular es preciso recordar que la función de la Corte Constitucional en relación con la acción de tutela es la revisión eventual de los fallos que sean seleccionados para el efecto, de modo que el trámite que se surte en la Corte no tiene carácter de instancia, como sí sucede ante los demás jueces que conocen de las demandas de tutela en primera y segunda instancia, por lo que, en principio, no hay un debate probatorio ante la Corte, el que supone los actos procesales propios de tal actuación, que es ajena al trámite de la Corte Constitucional, especialmente en un caso como el presente, en el que ni siquiera se había dado el trámite pertinente a la demanda, para efectos de resolver la solicitud formulada en el

escrito de tutela, con la participación de todos los sujetos procesales involucrados en la situación planteada por la accionante.

Ahora bien, el expediente regresó a la Corte Constitucional para continuar con su eventual revisión. Sin embargo, fue sorpresivo el resultado de la gestión que se había adelantado, porque la nueva titular<sup>26</sup> del Juzgado de primera instancia, aunque en el Auto admisorio de la demanda adoptó medidas provisionales, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, tal como se lo advirtió la Corte, para lo cual resolvió “Ordenar a las Entidades accionadas se sirvan suministrar y aplicar la vacuna D.P. T HEXA VALENTE ACELULAR y las terapias de fisioterapia, fonoaudiología y fisiatría, requeridas por el menor y reciba la adecuada atención médica del caso, hasta que se obtenga conocimiento de la decisión que se adopte en la presente acción”, finalmente concedió la tutela, previa contestación de la demanda por parte de la accionada, pero con un absurdo jurídico.

En efecto, la Juez indicó en sus consideraciones que “[s]i bien es cierto que, según comunicación telefónica con la Accionante, manifestó que el menor ya falleció, así como el informe de fisioterapia allegado por Cafam, en el que se afirma que el día 15 de septiembre su familia les comunica que el niño había fallecido, al no haberse allegado prueba de ello, es del caso solicitar a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que se sirva informar si en el registro civil de nacimiento No. 1028481118 de Jhon Alejandro Angel Roncancio, aparece anotación alguna de su fallecimiento.” Y, en consecuencia, resolvió ordenar “a la I.P.S. Cafam que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, preste al menor Jhon Alejandro Angel Roncancio la atención integral que requiere para el mejoramiento de su estado de salud, con la respectiva atención por parte de los médicos especialistas que requiera y autorizar el suministro de la vacuna D.P. T. Hexavalente Acelular y las terapias, conforme a lo descrito por el médico tratante.”

En verdad es absolutamente absurdo el razonamiento al cual llegó la Juez para adoptar semejante decisión. La Sala no logra comprender cómo es que a la Juez le quedó duda sobre el fallecimiento del menor, si fue su propia madre quien informó al Juzgado sobre ese lamentable hecho, de lo cual existe una constancia secretarial (Fl. 29, cuaderno de la Corte), y que fue corroborado por el Centro de Educación Especial y Rehabilitación SUPERAR al cual el menor asistía a terapia, mediante escrito que le hizo llegar al Juzgado, antes de proferirse el fallo y con unas breves consideraciones simplemente da una orden completamente

imposible de cumplir. (F1.35-39, cuaderno de la Corte).

Evidentemente, de las pruebas que obran en el expediente, a la Sala no le queda duda sobre el fallecimiento del menor, aunque de las mismas no es posible establecer la fecha real en que tuvo ocurrencia el deceso del bebé -aunque ya es irrelevante para este trámite-, pues i.) según la constancia secretarial, suscrita por el asistente judicial<sup>27</sup> del Despacho el 9 de octubre de 2006, simplemente se sabe que la madre del niño comunicó que él “desafortunadamente ya había fallecido”, sin dar fecha alguna; ii.) en el informe presentado por el Centro de Educación Especial y Rehabilitación SUPERAR se indica que “es importante anotar que el niño asiste al instituto hasta el 14 de septiembre, el 15 de de septiembre su familia nos comunica que el niño había fallecido” y, posteriormente al fallo del a quo, iii.) el Jefe de Departamento de Servicios de Salud de Cafam comunicó que “por informe de nuestra Trabajadora Social, el niño (...) falleció en esta ciudad [Bogotá] el día 27 de septiembre de 2006”.

Como se puede observar, es claro que el niño falleció, aunque no se sepa exactamente la fecha en que su muerte ocurrió, pues para efectos del presente fallo, como se anticipó en las consideraciones previas, el interés de la Corte ahora es establecer en lo posible quiénes intervinieron en todo este proceso para adoptar las decisiones que más adelante se fundamentarán.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 6º, numeral 4, del Decreto 2591 de 1991 la acción de tutela no procede “cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado”, como lo es por ejemplo, el fallecimiento durante el trámite de amparo de la persona que acudió a la jurisdicción constitucional para solicitar la protección de sus derechos fundamentales, por carencia de objeto, ya que en estos casos cualquier orden de protección resultaría ineficaz.

En efecto, en el caso en estudio la Sala advierte que la acción de tutela actualmente carece de objeto, pues la protección de los derechos fundamentales del menor Jhon Alejandro Angel Roncancio era la base sobre la cual debía esta Corporación tomar una decisión. Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha establecido que si durante el trámite de la tutela se consume totalmente el daño y no es posible proteger los derechos invocados, la tutela pierde su razón de ser, y en estas condiciones al juez le es imposible impartir una

orden eficaz<sup>28</sup>.

No obstante, la Corte ha manifestado que en cumplimiento de la función primaria<sup>29</sup> que cumple la revisión de los fallos de tutela, cuando fallece la persona que demandó para obtener la protección de sus derechos, ese acontecimiento no exime a la Corporación para que analice de fondo el caso. Así se expresó en la Sentencia T-980 de 2004<sup>30</sup>:

“(…) porque si bien a causa del fallecimiento del actor la Corte queda impedida para impartir contra el demandado la orden a que hace referencia el artículo 86 Superior, ello no impide que deba resolver sobre el fondo del asunto sometido a su estudio, dado que el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991 prohíbe la emisión de fallos inhibitorios en materia de tutela y que las funciones de la Corte Constitucional exceden a las que cumple ordinariamente un tribunal de instancia.<sup>31</sup>

En efecto, en la Sentencia T-428 de 1998<sup>32</sup> se precisó que el propósito de la Corte Constitucional al revisar los procesos de tutela, además de resolver el caso concreto, es decantar los criterios interpretativos de las normas jurídicas, buscando establecer parámetros de interpretación para los jueces de la República, que pretenden clarificar y delimitar, en últimas, el campo doctrinario de los derechos fundamentales, a lo cual se llega por vía de la revisión de casos ejemplares o ilustrativos.

Por lo anterior, el hecho que el titular de los derechos que se invocan haya dejado de existir no puede ser obstáculo para emitir un pronunciamiento de fondo.”

Sin perjuicio de lo anterior, en cumplimiento de la función secundaria<sup>33</sup> que tiene la eventual revisión de los fallos de tutela, la Corte Constitucional ha sostenido que la muerte del accionante o beneficiario no la exime de emitir un pronunciamiento sobre la cuestión objeto de debate, porque si bien la Corte por falta de objeto no emite las órdenes, a que hace referencia el artículo 86 superior, ello no impide que deba resolver sobre el fondo del asunto sometido a su estudio, comoquiera que i.) el artículo 29, numeral 6°, parágrafo, del Decreto 2591 de 1991 prohíbe la emisión de fallos inhibitorios en materia de tutela y ii.) las funciones de la Corte Constitucional exceden a las que cumple ordinariamente un tribunal de instancia.<sup>34</sup>

Ahora bien, en el presente asunto, la Sala entra a verificar si lo requerido por la madre del

menor fue proporcionado oportunamente al menor. De las pruebas que obran en el expediente se tiene que: la madre del menor solicitó mediante la tutela, el 12 de junio de 2006, i.) la realización de terapias de fisioterapia, fonoaudiología y fisiatría y ii.) la aplicación de la vacuna “D.P.T. HEXA VALENTE ACELULAR”. Al respecto se verifica que: i.) el menor fue valorado el 19 y 20 de abril de 2006, por fonoaudiología y fisioterapia, respectivamente, por el comité evaluador del “PROGRAMA CAFAM PARA TODOS” y se determinó que el niño requería manejo integral de fisioterapia intensiva. En cuanto a fisioterapia fue atendido desde junio de 2006 en el Centro de Educación Especial y Rehabilitación “SUPERAR”, que presentó un resumen de la evaluación inicial, los objetivos del tratamiento a mediano plazo, las recomendaciones dadas a los padres para realizar en casa y el informe de evaluación que se realizó en el mes de agosto de 2006, suscrito por la fisioterapeuta y la fonoaudióloga. En ese informe se anunció el conocimiento sobre la inasistencia del menor a la Institución por la muerte del menor y ii.) en cuanto a las vacunas, el Jefe del Departamento de Servicios de Salud de Cafam informó, al responder la tutela, que “[d]adas sus condiciones de salud y frecuentes hospitalizaciones posiblemente dificultaron la aplicación del biológico DPT Hexavalente Acelular”.

En ese orden de ideas, aunque es claro que no es posible para el juez de tutela establecer la eficacia de los procedimientos médicos que son ordenados por los galenos, así como de los tratamientos y medicamentos, sí es de su competencia velar porque esos procedimientos, tratamientos y medicamentos sean proporcionados oportunamente a quien los requiere, por vía de tutela, previo cumplimiento de los requisitos establecidos para el efecto.

Por lo tanto, de conformidad con la jurisprudencia que se ha citado a lo largo de esta providencia, es claro que los derechos del menor Jhon Alejandro Angel Roncancio, menor de un (1) año de edad, eran fundamentales independientes, autónomos y prevalentes sobre los derechos de los demás, de manera que, lo esperado en el caso en estudio era que las accionadas hubieran tenido presente esa consideración y, de esa manera, hubieran evaluado la manera de cumplir con lo requerido por la madre del menor, y ordenado por sus médicos, con el fin de preservar su integridad y, en últimas, su vida, pero no fue así.

En las anteriores circunstancias, el desconocimiento de las normas constitucionales, en especial del artículo 86, así como la no aplicación oportuna de las medidas provisionales dispuestas en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, y, al contrario, extremando los

requisitos de procedencia de la acción de tutela, para finalmente rechazarla, por parte del primer titular del Juzgado de primera instancia, permitieron que circunstancias de menor importancia jurídica y hasta de negligencia del Juez se antepusieran al derecho fundamental a la vida, afectado de manera tan grave, inminente y evidente, de forma que llevaron al deceso del menor, sin haber recibido de manera completa la atención médica requerida.

Irónicamente, la segunda titular del Juzgado de instancia, que conoció el proceso en razón del Auto proferido por esta Sala de Revisión, se fue al extremo contrario, adoptando una decisión absurda en el fallo que se revisa, pues concedió la tutela y ordenó proporcionar lo requerido por la madre de la accionante, no obstante haberlo hecho de manera adecuada en el auto admisorio de la demanda al ordenar medidas provisionales, pero desconociendo que existía certeza de la muerte del menor, para el momento de proferir la sentencia.

En este orden de ideas, es claro que la tutela debió haber sido admitida por el primer titular del Juzgado de instancia y concedida, para que el menor recibiera la atención integral en salud que, si bien el juez no está en condiciones de asegurar que fuera a salvarle su vida, sí podría asegurar que no la empeoraría. Así mismo, se esperaba del segundo titular de ese Juzgado que, dado el conocimiento de la muerte del menor, declarara la carencia actual de objeto, no que concediera la tutela de unos derechos que habían perdido su valor por la muerte del beneficiario, considerando, además, que la orden dada en la sentencia fue la misma que adoptó en las medidas provisionales, respecto de las cuales debió evaluar su cumplimiento.

Finalmente, la Sala advierte que la relación de causalidad entre el fallecimiento del menor Jhon Alejandro Angel Roncancio y el comportamiento de la I.P.S. accionada así como de la Clínica Cafam, en la cual la madre del menor afirmó que éste adquirió la enfermedad por la cual terminó requiriendo con urgencia los tratamientos y vacunas que demandó mediante esta tutela y del primer titular del Juzgado Cuarenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá que conoció inicialmente la demanda de tutela, al no actuar diligentemente frente el peligro de muerte en que se encontraba el menor, deberá resolverse con la investigación que se inicie para tal fin por parte de las entidades correspondientes, para lo cual se ordenará en la parte resolutive de este fallo la remisión de copias de esta sentencia y de todo el expediente de la referencia, tanto a la Fiscalía General de la Nación, como al Tribunal de Ética Médica y a la Superintendencia Nacional de Salud, para que dentro de la órbita de sus competencias,

adelanten las investigaciones a que hubiere lugar.<sup>35</sup>

En consecuencia, la Sala revocará el fallo materia de revisión, comoquiera que la persona para la cual se buscaba protección falleció y, en consecuencia, se declarará la carencia actual de objeto.

### III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada dentro del presente proceso de tutela.

SEGUNDO.- REVOCAR, por las razones expuestas, la sentencia proferida el dieciocho (18) de octubre de dos mil seis (2006) por el Juzgado Cuarenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá.

TERCERO.- DECLARAR la carencia actual de objeto, comoquiera que el beneficiario de la acción de tutela, el menor Jhon Alejandro Angel Roncancio, falleció durante el trámite de la misma.

CUARTO.- ORDENAR que por Secretaría General se compulsen copias de esta sentencia y del expediente de la referencia a la Fiscalía General de la Nación, a la Superintendencia Nacional de Salud y al Tribunal de Ética Médica, para lo de su competencia.

QUINTO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 El titular del Despacho para este momento procesal fue el Juez Julio Enrique Mogollón González.

2 En sentencia T-408 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz se señaló al respecto lo siguiente: “El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

“Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista – que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes.

“La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del

menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.”

3 Sentencia T-397 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

4 Sentencia C-997 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

5 La titular del Despacho para este momento procesal fue la Juez María Victoria López Medina.

6 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991 y ratificada el 27 de febrero del mismo año.

7 C.P. Arts. 11, 43 y 44; Código del Menor, Art. 4º; Ley 83 de 1946 (Ley Orgánica de la Defensa del Niño) Arts. 99, 109 y 120; Ley 74 de 1968 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Art. 24; Decreto 2388 de 1979 (Por el cual se reglamentan las Leyes 75 de 1968, 27 de 1979 y 7ª de 1979), Arts. 32, 74 y 75; Ley 16 de 1972 (Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”) Art. 19; Ley 12 de 1991 (Convención sobre los Derechos del Niño), Art. 6; Ley 294 de 1996 (Medidas para la prevención y sanción de la violencia intrafamiliar), Art. 3º; Ley 51 de 1981 (Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”), Art. 11 y 12; Ley 468 de 1998 (Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo sobre asistencia a la niñez entre la República de Colombia y la República de Chile”); Ley 509 de 1999 (Por la cual se disponen unos beneficios en favor de Madres Comunitarias en materia de Seguridad Social y se otorga un Subsidio Pensional); Declaración de los Derechos del Niño, Principios 1 y 2; Declaración sobre Protección de la Mujer y del Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado; Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Artículo 25, numeral 2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 10, numeral 2; Preámbulo de la Convención sobre

los Derechos del Niño; Convenio de Ginebra Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III). Artículos 3 y 19; Convenio de Ginebra Relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV), Arts. 3, 17, 32, 68 y 75; Código Civil, Art. 91.

8 Ver sobre este tema, entre muchas otras, las sentencias: T-185 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-152 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-101 de 2006 y T-762 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-754 de 2005 y T-1008 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-747, T-704, T-656, T-409, T-365 y T-364 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-740 de 2005, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

9 Sobre la prevalencia del derecho a la salud de los niños se pueden consultar, entre muchas, las sentencias T-037 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-036 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-1254 de 2005, M.P. Alvaro Tafur Galvis; T-1245 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.

10 Sentencia T-223 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

11 Ver entre muchas otras las sentencias SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-322 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell y SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

12 Ver sentencias T- 752 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-248 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

13 Al respecto, esta Corporación mediante sentencia T-953 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis, señaló lo siguiente: "(...) Consecuente con lo expuesto, el artículo 166 de la Ley 100 de 1993 incluye dentro del plan obligatorio de salud para los menores de un año la educación, la información, el fomento de la salud y de la lactancia materna, la vigilancia de su crecimiento y desarrollo, la prevención de las enfermedades -incluyendo inmunizaciones -, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencia - incluidos los medicamentos esenciales -, además de la rehabilitación, cuando hubiere lugar.

Atención integral en salud que las gestantes pueden exigir, sin que para el efecto cuente el número de semanas cotizadas - artículo 63 del Decreto 806 de 1998-, y que en el régimen

subsidiado comporta, además, el derecho a un subsidio alimentario para la madre, consistente en alimentos y nutrientes, a fin de que durante la gestación y el año siguiente las madres cuentan con una dieta adecuada. (...)”.

14 Ver sentencias T-807 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-573 de 1999, Alejandro Martínez Caballero.

15 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

16 Cft. Sentencia T-956 de 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

17 Sentencia T-747 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Henández.

18 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-704 y T-747 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Henández; T-582 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-265 y T-342 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-069 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-05 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

19 Sentencia T-286 de 1998, MP. Fabio Morón Díaz. Ver, en el mismo sentido, entre otras, las sentencias T-556 de 1998 y T-514 de 1998, MP. José Gregorio Hernández Galindo; T-322 de 2004 MP. Jaime Araujo Rentería.

20 Sentencia SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

21 Sentencia T- 556 de 1998, M.P. José Gregorio Henández Galindo.

22 Corte Constitucional. Sentencia SU-819 de 1999 MP. Álvaro Tafur Galvis.

23 T-1008 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería.

24 El titular de ese Despacho para ese momento fue el Juez ENRIQUE MOGOLLON GONZALEZ.

25 El Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela dispone: “Artículo 7o. Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las medidas cautelares que hubiere dictado.”

26 La titular del Juzgado Cuarenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá que dio cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional fue la Juez MARIA VICTORIA LOPEZ MEDINA.

27 El Documento con No. De REFERENCIA 2006-0727 de fecha 9 de octubre de 2006 aparece suscrito por el Asistente Judicial JESUS LIBARDO GÓMEZ MELO.

29 Sentencia T-175 de 1997, M.P. José Gregorio Henández Galindo.

30 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

31 Sentencia T-699 de 1996, M.P. José Gregorio Henández Galindo.

32 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

33 Sentencia T-175 de 1997, M.P. José Gregorio Henández Galindo.

34 Sentencia T-901 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

35 Esta ha sido la medida adoptada en otras oportunidades por la Corte en casos como el que se estudia. Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-1038 de 2005,

M.P. Jaime Araujo Rentería; T-808 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-662 de 2005 y T-288 de 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis; T-414 de 2005 y T-1020 de 2004, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-1188 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1072 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.