

Sentencia T-303/17

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS Y ACCESO EFECTIVO A LOS SERVICIOS QUE SE REQUIERAN SIN BARRERAS NI OBSTACULOS

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

JUEZ-Función directiva para decretar pruebas en forma oficiosa y redistribuir cargas probatorias entre sujetos procesales

DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Examen del juez constitucional en relación con configuración de defecto fáctico en proceso de responsabilidad civil médica

El examen del juez constitucional en relación de la configuración de un defecto factico, tendrá que observar si el juez en el proceso de responsabilidad civil médica tuvo especial observancia en dos asuntos en particular: (i) la conducencia del material probatorio para definir el nexo de casualidad entre la actuación de la parte demandada y el hecho dañoso alegado por la parte demandante, y (ii) la interrelación entre los hechos que configuraron el daño, que en ocasiones son íntegramente determinantes para comprender el resultado final del servicio médico, y no deben ser considerados separada o individualmente.

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Alcance

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social no es razón para negar atención en salud

La mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social no es razón suficiente para negarle la atención en salud a un niño. Las entidades prestadoras de salud, públicas o privadas están en la obligación de prestar servicios y tienen la posibilidad de ejercer las acciones de cobro que correspondan en cada caso. Esta garantía constitucional, se advierte, no afecta la estabilidad financiera del Sistema de Salud, toda vez que las EPS se encuentran facultadas para cobrar coactivamente los aportes en mora y a repetir por los gastos derivados de la prestación del servicio

PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD-Concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio del derecho de niños, niñas y adolescentes

MALTRATO INFANTIL POR OMISION DEL DEBER DE CUIDADO-Padres o personas responsables que se abstengan de pagar los aportes a salud teniendo la capacidad para hacerlo atentan contra el derecho a la salud de los niños

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DE LOS NIÑOS Y NIÑAS-Ante una afección que demande servicio de salud de manera urgente la salvaguarda de los mismos no puede hallarse supeditada a la ejecución de trámites administrativos

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Vulneración por defecto fáctico y debido proceso al eximir a una EPS de responsabilidad médica por negligencia en la atención a menor, quien falleció

Referencia: expediente T-5.683.066

Acción de Tutela presentada por Rosa María Forero de Castañeda contra el Tribunal Superior de Pereira – Sala Civil.

Magistrado Ponente:

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Bogotá D.C., ocho (8) de mayo de dos mil dieciséis (2017)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Aquiles Arrieta Gómez, quien la preside, Alberto Rojas Ríos y José Antonio Cepeda Amarís, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida el 29 de junio de 2016 por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, la cual confirmó el fallo de tutela proferido por 29 de abril de 2016, por la Sala de Casación Civil de la misma Corte, que negó la tutela instaurada por la señora Rosa María Forero de Castañeda y otros contra la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

I. I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Siete de la Corte Constitucional seleccionó para efectos de su revisión la acción de tutela de la referencia. De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1. Solicitud y hechos

Los señores Jeimmy Paola López Ramírez y José Hildo Castañeda Forero, padres de Diego Alexander Castañeda López; Rosa María Forero de Castañeda y José Natividad Castañeda Sepúlveda, abuelos paternos; Camilo Andrés Castañeda López, hermano y Pilar Jacquelin Ramírez Prieto, abuela materna; solicitan ante el juez de tutela, la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, y al acceso a la administración de justicia. Alegan que han sido presuntamente vulnerados por el Tribunal Superior de Pereira – Sala Civil, al haber incurrido en defecto factico por indebida valoración probatoria y en desconocimiento del precedente jurisprudencial, en la sentencia que resolvió la demanda de responsabilidad civil extracontractual por los perjuicios morales y materiales ocasionados por Saludcoop EPS y la Caja de Compensación Familiar de Risaralda, por la responsabilidad en la muerte del niño

Diego Alexander Castañeda López de 13 años de edad. La acción presentada sustentó su solicitud en los siguientes hechos:

1.1. El 30 de julio de 2009 el niño Diego Alexander Castañeda López en compañía de su madre acudió a la Clínica Saludcoop ubicada en la ciudad de Pereira. Necesitaba atención médica oportuna para tratar una taquicardia que estaba presentado. Sin embargo, no fue registrado ni atendido por esta entidad, porque su madre se encontraba en mora en el pago como cotizante independiente de la seguridad social en salud desde septiembre de 2008. El mismo día (30 de julio de 2009) la madre del niño acudió a la I.P.S. Clínica Comfamiliar en la ciudad de Pereira. Diego Alexander Castañeda López fue aceptado como paciente previo pago de la consulta. La institución al verificar la mora en el pago de los aportes de la EPS, comenzó a gestionar el traslado y la remisión del menor a otra institución frente a una posible falta de cobertura.

1.2. Después de la revisión del médico especialista en la Clínica Comfamiliar, se dio el diagnóstico inicial de coartación de la aorta, y después se cambió a neumonía. Finalmente se ordenó la hospitalización del niño. Los padres cancelaron la suma de \$200.000 exigida por la clínica para continuar con el tratamiento y la hospitalización, pero esta última jamás se efectuó y el niño se mantuvo en la sala de observación de urgencias. Ese mismo día otro médico pediatra descartó el diagnóstico inicial y ordenó una valoración urgente por cardiología. Allí le diagnosticaron a través de ecocardiograma un “aneurisma del seno de valsaba roto” y valoración urgente por cirugía cardiovascular.

1.3. El primero (1) de agosto la Clínica Comfamiliar continuó buscando otra institución para remitir al niño, con el argumento no tener la posibilidad de realizar la intervención quirúrgica por falta de equipos quirúrgicos de cardiología pediátrica. Hasta cuando notó que el estado de salud del niño se agravaba decidió internarlo en la unidad de cuidados intermedios y posteriormente en la de cuidados intensivos. El dos (2) de agosto de 2009, la Clínica Comfamiliar decidió ocuparse directamente de la recuperación del niño, por lo que exigió a la

familia el pago de los gastos que generaría la cirugía requerida. Después del pago de la mitad del dinero y la firma de un pagaré, la Clínica Comfamiliar contactó a la cirujana cardiovascular para ejecutar el procedimiento. El tres (3) de agosto se realizó la intervención quirúrgica que resultó con el fallecimiento del niño, por el grave deterioro que para ese momento presentaba.

1.4. Diego Alexander Castañeda falleció el día 3 de agosto de 2009 y la conclusión pericial de medicina legal fue la misma que resultó del diagnóstico del 31 de julio: “aneurisma roto del seno de vasalva a la aurícula derecha”.

1.5. El 23 de octubre de 2013, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira declaró civilmente responsable a la Caja de Compensación Familiar Risaralda (Clínica Comfamiliar) por la muerte de Diego Alexander, al encontrar el nexo de causalidad entre la conducta de la clínica y el fallecimiento del paciente. El juez encontró probado que la clínica tenía inscrito en el registro especial de prestadores de servicios de salud el servicio de cirugía cardiovascular de alta complejidad desde el 9 de septiembre de 2005, sin diferenciar si es pediátrica o de adulto. Sin embargo, no había adquirido y puesto en funcionamiento los equipos pediátricos en el momento en que fue requerido por el niño Diego Alexander. Consideró que la Clínica Comfamiliar decidió postergar la intervención por supuesta falta de disponibilidad, lo que demoró injustificadamente el tratamiento adecuado del paciente.

1.6. Posteriormente, el primero (1) de septiembre de 2015 la Sala de Decisión Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Risaralda, aceptó la excepción de fondo de inexistencia de causalidad alegada por la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo Saludcoop EPS- y la Caja de Compensación Familiar de Risaralda – Comfamiliar Risaralda. Denegó todas las pretensiones de la demanda. Describe la accionante que dentro de la motivación de la providencia, el Tribunal señaló expresamente que “si estuviera comprobado que Comfamiliar contaba con el servicio de cirugía cardiovascular pediátrica y a pesar de ello tardó el suministro del mismo, no cabría duda de su responsabilidad;” lo cual riñe en opinión del accionante con la prueba documental y testimonial aportada.

1.7. Frente a la Responsabilidad de Saludcoop, el Tribunal consideró que no se le puede declarar civilmente responsable, por cuanto es claro que la mora (de 11 meses) en el pago de los aportes llevó a la suspensión de los servicios.

1.9. Con el fin de agotar todos los medios de defensa en la jurisdicción ordinaria, los accionantes formularon recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, recurso que fue denegado por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Risaralda por considerar que ninguno contaba con interés para promoverlo. Por todo lo anterior, el 14 de marzo de 2016 a través de apoderado judicial, los accionantes presentaron acción de tutela ante la Corte Suprema de Justicia, por considerar que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala de Decisión Civil - Familia, en la sentencia del primero (1) de septiembre de 2015, omitió y valoró indebidamente el material probatorio. Concretamente, consideraron que:

“La Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito de Pereira en la sentencia del 1º de septiembre de 2015 omitió y valoró indebidamente el material probatorio que demostraba que la EPS Clínica Comfamiliar sí contaba con el servicio de cirugía cardiovascular pediátrica para el 31 de julio de 2009, así mismo, desconoció el precedente jurisprudencial constitucional que prohibía a la EPS Saludcoop negar o lo que es lo mismo suspender la prestación de los servicios de salud aduciendo mora en el pago de los aportes, sin agotar un debido proceso, y menos cuando quien lo requiere es un menor de edad en inminente riesgo de muerte; sendos defectos (factico y sustantivo) a todas luces incidieron y fueron determinantes para exonerar de responsabilidad a las entidades demandadas, por cuanto, bajo sus efectos, el Tribunal justificó la tardanza de Comfamiliar Risaralda y la negativa de la EPS Saludcoop en la realización de la intervención quirúrgica que garantizaba en más de un 80% la sobrevivencia de Diego Alexander Castañeda López”.

2. Contestación de la Demanda

2.1. Respuesta de la Caja de Compensación Familiar de Risaralda – Comfamiliar Risaralda

La Clínica Comfamiliar solicitó al juez abstenerse de conceder el amparo del derecho reclamado por los accionantes por tres razones fundamentales: (i) por haber prestado el servicio y atención sin restricciones al paciente desde el momento que ingresó a la clínica aun cuando el paciente se encontraba en el régimen contributivo, (ii) la madre del niño omitió informar a los médicos en el ingreso sobre el accidente de ahogamiento y (iii) la Clínica no contaba con los equipos especializados para cirugía cardiovascular pediátrica. En ese sentido dijo:

“Es evidente que la Clínica Comfamiliar desde el ingreso del paciente a sus instalaciones le prestó la atención oportuna y diligente. Realizó todos los exámenes requeridos y lo tuvo en observación con la asistencia en todo momento de la pediatra.

No es cierto que la Clínica Comfamiliar haya incumplido con la obligación a su cargo de dar un servicio oportuno e integral al paciente, nunca se sobrepuso la vida del paciente ante un procedimiento administrativo de pago. Tampoco se suspendió la atención al paciente en el momento que la Secretaría de Salud informó que no se podían cubrir los gastos porque el paciente se encontraba en el régimen contributivo, por el contrario, el servicio fue oportuno, constante y sin restricciones.

Se puede constatar claramente en la historia clínica que la madre del niño da información adicional del paciente respecto del accidente del casi ahogamiento sufrido en el mar 15 días atrás, solo hasta el 31 de julio de 2009, y no al ingreso de urgencias. Y el signo de falla cardiaca se presenta en el paciente 24 horas después de su ingreso a la clínica, lo cual hubiera podido preverse de haber conocido antes el antecedente del accidente, pero solo se

supo esa información ya cuando el menor empezaba a descompensarse.

De igual manera, para la época de los hechos e incluso para la actualidad, Comfamiliar Risaralda, no tiene ni tenía habilitado el servicio de cirugía cardiovascular infantil, dado que no cuenta con las adecuadas instalaciones, el personal médico especializado en cirugía cardiovascular infantil, ni con los elementos ni material quirúrgico para este servicio.

Por esta razón, la clínica inició todas las gestiones posibles para la remisión del menor a un centro especializado, teniendo en cuenta que la institución no tenía habilitado el servicio de cirugía cardiovascular pediátrica, y esto se puede constatar en certificación de inscripción en el registro especial de prestadores de servicios de salud, expedida por la Secretaría de Salud Departamental.”

2.2. Respuesta de la Previsora Seguros

La aseguradora señaló que fue demostrado en el proceso civil que la salud del niño no fue debidamente atendida por su familia y que en ningún momento el Juez incurrió en un defecto factico en la medida que la resolución del problema jurídico no se limitaba a la interpretación literal de una sola prueba documental, pues era necesario ver todos los medios probatorios (testimonios, prueba pericial, historia clínica, etc.), como en efecto lo hizo. Al respecto señaló:

“Al sentir de los accionantes la sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira valoró indebidamente el acervo probatorio, al dar por acreditado que la Clínica Comfamiliar para el momento de los hechos no contaba con el servicio de cirugía cardiovascular pediátrica aduciendo que omitió valorar, en especial, el contenido de los oficios emanados del Ministerio

de Protección Social y la Gobernación de Risaralda, que informaban lo contrario.

(...) [E]l hecho de que la clínica no contara con el servicio de cirugía cardiovascular pediátrica pudo ser un factor influyente en el desenlace fatal, pero evidentemente no fue propiciado por la entidad. Fue más bien una cuestión fortuita. (...) [S]i estuviera comprobado que Comfamiliar contaba con el servicio de cirugía cardiovascular pediátrica y a pesar de ello hubiera tardado en el suministro del mismo, no cabría duda de su responsabilidad, pero según la aseguradora esto no fue demostrado en el proceso. En cambio sí fue claro que la salud del niño no fue debidamente atendida por su familia.”

3. Decisiones Judiciales

Mediante sentencia del veintiocho (28) de abril de 2016, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, negó la pretensión del accionante por considerar que la providencia examinada no se encuentra una violación al derecho al debido proceso en tanto el Tribunal realizó una juiciosa valoración que la llevó a desestimar las reclamaciones de los accionantes. Cita los siguientes apartes de la sentencia:

“(...) [A] ninguna de las dos demandas se les puede declarar civilmente responsables, a la EPS por cuanto, quedó dicho, la mora evidente en el pago de los aportes llevó a la suspensión de los servicios que se le reclamaban; y a la Clínica tampoco, dado que su comportamiento estuvo encasillado dentro de los parámetros normales de la lex artis y del servicio que estaba obligada (...).

(...) [S]uficiente esto para prohiar lo que en relación con la EPS Saludcoop se resolvió en primera instancia, sin que a ello se opongan las citas jurisprudenciales que abundantemente trae el recurrente, dado que en esos, y en otros muchos casos, la Corte Constitucional específicamente ha abordado el problema de la continuidad en la prestación de los servicios de salud para garantizar el derecho fundamental mas no patrimonial; (...) en el asunto de

ahora, no hubo tal continuidad, entre otras razones, porque, la familia no tuvo precaución, debiendo hacerlo por recomendación médica, de someter al niño a controles permanentes de cardiólogo, así que para el 30 de julio de 2009, ningún tratamiento se le estaba brindando (...).

(...) a pesar de la falta de pago de la afiliación, los servicios requeridos por el niño fueron prestados. Y aun cuando los padres tuvieron que consignar una suma de dinero, producto de su descuido en el pago de los aportes oportunos, la abundante prueba testimonial muestra que a nadie se le impidió atender al paciente durante los días que estuvo allí, no se le dejaron de suministrar los medicamentos ni practicar los exámenes, tampoco dejó de ser revisado constantemente por pediatras. Todo, pues fue una coyuntura que no puede calificarse como desidia, o abandono, o apatía o indolencia del centro asistencial; más bien la gravedad de la enfermedad, impidió que se pudiera evolucionar de manera diferente, de allí que se halle estructurado el nexo causal requerido entre el hecho y el daño final, esto es, que no fue por una actitud reprochable de la clínica que no se realizara la cirugía requerida por el niño, y en consecuencia, tampoco puede afirmarse que su desatención, que no la hubo, fuera detonante de la muerte (...)."

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de la referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2. Planteamiento del problema jurídico

2.1. La Sala Séptima de Revisión encuentra dos problemas jurídicos que deberá resolver, a saber: (i) ¿viola un juez el derecho al debido proceso por incurrir en un defecto sustantivo, al exonerar a una EPS de la responsabilidad civil por la muerte de un niño, a quien se abstuvo de atender debido a que los padres se encontraban en mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud? (ii) ¿viola un juez el derecho al debido proceso por incurrir en un defecto fáctico, al exonerar de responsabilidad civil por la muerte de un niño a una clínica al considerar que la no disponibilidad de los equipos especializados para la atención pediátrica no es la causa de la muerte del niño a pesar de que la entidad se encontraba autorizada por las autoridades correspondientes para prestar dicho servicio?

2.2. A continuación, la Sala abordará las siguientes cuestiones: (i) el interés superior de los niños y las niñas y la prevalencia de su derecho a la salud; (ii) los criterios de valoración para determinar la responsabilidad civil de las entidades prestadoras de salud, a la luz del interés superior de niños y niñas, y (iii) el principio de corresponsabilidad para la garantía del derecho a la salud y a la vida dignidad de los niños y niñas. Posteriormente, aplicando los criterios pertinentes al caso, se resolverán las pretensiones y solicitudes concretas de la acción de tutela de la referencia.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

3.1. Verificación de los requisitos de procedibilidad

3.1.1. La jurisprudencia constitucional, en procura de la salvaguarda de los principios de cosa juzgada y autonomía judicial, ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela

contra providencias judiciales, supeditándola a la configuración de ciertos requisitos formales y materiales, en aras de asegurar que este mecanismo constitucional sirva para proteger los derechos de quienes han visto afectadas sus garantías fundamentales en virtud de las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales. Como se explicará a continuación, se considera que la acción de tutela presentada por los señores Jeimmy Paola López Ramírez y José Hildo Castañeda Forero, Rosa María Forero de Castañeda y José Natividad Castañeda Sepúlveda, Camilo Andrés Castañeda López, y Pilar Jacquelin Ramírez Prieto, familiares del niño Diego Alexander Castañeda López, contra la providencia judicial proferida por la Sala de Decisión Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Risaralda, resulta procedente en el caso concreto.

3.1.2. Por un lado, cumple con los requisitos de forma que esta Corte ha desarrollado en su jurisprudencia: (i) se puso a consideración de esta Corporación la presunta vulneración del derecho al debido proceso de los accionantes, como consecuencia de la inaplicación por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Risaralda de la jurisprudencia constitucional frente a la obligación de las entidades prestadores de salud de brindar la atención requerida a las personas, especialmente tratándose de niños y niñas, y la presunta indebida valoración probatoria de esa Corporación al tomar una decisión basándose en conceptos técnicos aportados por una de las partes dentro de un juicio de responsabilidad civil. Se considera que los posibles defectos fáctico y sustantivo en que pudo incurrir la autoridad judicial accionada, goza de la suficiente relevancia constitucional para ser analizado en esta oportunidad; (ii) en virtud de lo previsto en el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º de la Ley 592 de 2000, que el recurso de casación procede contra sentencias en procesos de responsabilidad civil, los accionantes interpusieron el recurso de casación contra la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Risaralda; agotando así los medios de defensa judicial a su alcance. (iii) la acción de tutela fue instaurada luego de cinco meses de haberse proferido la providencia judicial que acusa de vulnerar sus derechos fundamentales, cumpliendo así con el principio de inmediatez que la caracteriza; (iv) la supuesta irregularidad procesal en que incurrió el Tribunal, incidió directamente en la decisión acusada, pues considerando que la decisión de la EPS Salucoop estaba adecuadamente fundada en la falta de pago de los aportes al sistema de salud por parte de los accionantes y, que el fallecimiento del niño fue más una cuestión fortuita y no derivada

de la actuación de la entidad; (v) en la acción de tutela se identificaron razonablemente los hechos que generaron la presunta vulneración a los derechos fundamentales de los accionantes; por último, (vi) la providencia judicial que se acusa no es de tutela, pues se trata de una sentencia proferida por un Tribunal, en el marco de un proceso de Responsabilidad Civil Médica; (no se aplica la regla de no tutela contra tutela).

3.1.3. Por otra parte, y en cuanto a los requisitos materiales, se observa que los accionantes alegan la existencia de defectos factico y sustantivo en la sentencia proferida por el Tribunal accionado, al no haber tenido en cuenta que la Clínica Comfamiliar contaba con la autorización de tener los equipos de cirugía cardiovascular pediátrica y aun así no los tenía disponibles para cuando el niño Diego Alexander los requirió.

3.2. Breve caracterización del defecto factico por indebida valoración probatoria

3.2.1. La Corte Constitucional ha señalado que el defecto fáctico se configura cuando la valoración probatoria realizada por el juez ordinario es arbitraria y abusiva, esto es, cuando el funcionario judicial (i) existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso (ii) cuando se da una valoración caprichosa y arbitraria de las pruebas presentadas (iii) cuando no se valora en su integridad el material probatorio.

3.2.2. El fundamento de la intervención radica en que, a pesar de las amplias facultades discrecionales que posee el juez natural para el análisis del material probatorio, este debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos, racionales, serios y responsables. “La negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna, no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.” Así mismo, ha señalado que las diferencias de valoración en la apreciación de una prueba no constituye error fáctico pues, frente a interpretaciones diversas y razonables, el juez natural debe determinar, conforme con los

criterios señalados, cuál es la que mejor se ajusta al caso concreto. El juez, en su labor, no sólo es autónomo, sino que sus actuaciones se presumen de buena fe. En consecuencia, el juez de tutela debe partir de que la decisión judicial es correcta, tal como la valoración de las pruebas que este realiza.

3.2.3. En este sentido, la actividad del juez constitucional está limitada a identificar situaciones donde se presenta un error evidente por parte del juez ordinario. Esta circunstancia se observa por ejemplo cuando éste prefiere un grupo de pruebas respecto de otro, o se basa en un criterio irrazonable y llega a conclusiones que no pueden inferirse válidamente de los hechos probados. “Se trata, entonces, de equivocaciones extremas, en los que dicha independencia resulta desnaturalizada debido a la ausencia de sustento de las conclusiones a las que arriba el funcionario judicial para adoptar la decisión correspondiente.”

3.2.4. Cabe resaltar, que una de las manifestaciones del defecto fáctico que han sido identificadas por esta Corte, es aquella que proviene de omitir el decreto y la práctica de pruebas cuando estas son conducentes para resolver el asunto debatido. La forma de verificar este defecto en una providencia judicial, depende esencialmente del contexto constitucional, legal y fáctico del proceso.” Al respecto, ha explicado que en los casos en los que no exista un enunciado puntual constitucional o legal a partir del cual el juez esté en la obligación de decretar pruebas de oficio, la fuerza normativa de los derechos fundamentales que se extraen del contexto fáctico del caso concreto constituye la fuente específica del mismo.

3.2.5. Respecto de los asuntos de responsabilidad civil médica, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la prueba pericial es el medio probatorio que resulta más efectivo para establecer la causa de la muerte de una persona. En ese sentido ha señalado lo siguiente:

“El dictamen técnico de expertos médicos es indudablemente el medio probatorio que ofrece mayor poder de convicción cuando se trata de establecer las causas que produjeron el deceso de una persona por la actividad de otras. Acera de este mayor valor demostrativo de esa prueba ha dicho esta Corporación: es verdad que en muchos casos las causas determinantes de una muerte no caen bajo el dominio de los sentidos de las personas que puedan presentarla y que en otros casos tales causas son ajenas al conocimiento general de las gentes. Entonces la prudencia indica recurrir a los científicos para que éstos, mediante el examen de las lesiones y demás fenómenos que presenta el cadáver, explique las causas que determinaron la muerte. En la mayoría de las veces la prueba pericial es la más apropiada para establecer la causa de la muerte de una persona, medio probatorio técnico que esta sala ha exigido en algunos casos”

Lo anterior resulta constitucionalmente válido en tanto el juez ordinario como director del proceso ha “de estar vigilante para dar cumplimiento a su misión en un Estado social y democrático de Derecho, ya sea al acudir a sus atribuciones oficiosas en el decreto y practica de las pruebas o bien para hacer una distribución razonable de la carga probatoria” según la posición en la que se encuentren las partes en cada caso. Concretamente, las atribuciones oficiosas del juez se convierten en verdaderos deberes funcionales y deben ser ejercidos de acuerdo a las particularidades de cada caso, con la salvedad de que el incumplimiento de estos deberes pueda ser objeto de control constitucional por vía de acción de tutela.

3.2.6. Al tratarse de juicios de responsabilidad civil médica y concretamente cuando el hecho dañoso es la muerte de una persona, cobra especial relevancia la atribución oficiosa del juez para el decreto y la práctica de pruebas. Se trata precisamente de determinar las razones por las cuales una persona perdió la vida y si ese hecho es atribuible por un nexo de causalidad a la actuación de las instituciones y los profesionales de la salud que le brindaban atención médica. De esta manera, es del propio derecho a la vida del que emana la fuera normativa a partir de la cual el juez civil debe ejercer la atribución oficiosa del decreto y practica de pruebas que sean conducentes a la verdad procesal en aras de establecer la responsabilidad civil en el caso concreto.

3.2.7. Por otra parte, tratándose de la responsabilidad que se desprende de indebida atención de un usuario del sistema de salud, es común que los actos que configuran el hecho dañoso no sean endilgables a una sola persona, en un solo momento, sino a un conjunto de acciones, de personas y de momentos que deben ser tenidos en cuenta de forma integral en la valoración probatoria que está en cabeza del juez. Respecto de este tema la Corte Suprema de justicia también ha dicho que este conjunto de acciones u omisiones “constituyen una unidad de proceso, y que han de valorarse como un todo relacionado con el resultado lesivo cuya indemnización se reclama. Ese cúmulo de actuaciones e inactividades selectivamente relevantes prefiguran el tema de la decisión sobre los hechos y delimitan tanto el tema como el objeto de la prueba.”

3.2.8. Así las cosas, desde la óptica de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, el examen del juez constitucional en relación de la configuración de un defecto fáctico, tendrá que observar si el juez en el proceso de responsabilidad civil médica tuvo especial observancia en dos asuntos en particular: (i) la conducencia del material probatorio para definir el nexo de causalidad entre la actuación de la parte demandada y el hecho dañoso alegado por la parte demandante, y (ii) la interrelación entre los hechos que configuraron el daño, que en ocasiones son integralmente determinantes para comprender el resultado final del servicio médico, y no deben ser considerados separada o individualmente.

3.3. Violación directa de la Constitución

La violación directa de la Constitución por parte de un juez es una causal autónoma de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Lo anterior implica que cuando un juez ordinario profiere una sentencia desconociendo principios o mandatos establecidos en la Constitución, incurre en una violación al derecho constitucional al debido proceso. En otras palabras, cuando un funcionario judicial en un caso concreto, aplica una norma sin tener en cuenta el alcance constitucional que se le ha dado a tal norma, este error es fuente de vulneración al derecho fundamental al debido proceso. La jurisprudencia

constitucional ha descrito tres hipótesis en la que se puede presentar la causal, s saber: (i) cuando se deja de aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional (ii) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata (iii) cuando el juez vulnera derechos fundamentales y no tiene en cuenta el principio de interpretación de conformidad con la Constitución. También puede darse cuando aplica la ley desconociendo que la constitución es norma de normas ante una incompatibilidad entre esta y una norma de menor jerarquía.

4. El derecho fundamental a la salud de los niños y las niñas en Colombia les protege amplia y prioritariamente en el acceso afectivo a los servicios de salud que se requieran con necesidad sin barreras ni obstáculos

4.1. El derecho a la salud es un derecho fundamental de los niños y las niñas en Colombia. Este derecho no solo abarca la promoción, prevención, curación y rehabilitación de las enfermedades, sino que además implica “el derecho del niño a desarrollarse al máximo de sus posibilidades y a vivir en condiciones que le permitan al máximo disfrutar del más alto nivel posible de salud.” El alcance del derecho a la salud de los niños y niñas que la jurisprudencia constitucional ha definido, abarca el carácter fundamental, autónomo, y prioritario de este derecho en virtud del principio del interés superior de esta población. Su contenido se ha desarrollado en diversos contextos fácticos que incorporan un marco bastante amplio de deberes para la familia, la sociedad y el Estado. La sentencia T-760 de 2008 reseñó en detalle los aspectos en los que la jurisprudencia de la Corte Constitucional había avanzado en la definición del alcance de los derechos de los niños en materia de salud:

“La jurisprudencia constitucional ha tutelado (...) la práctica de cirugías plásticas de malformaciones, aun cuando no afecten la integridad funcional de órgano alguno. Se ha protegido a menores de escasos recursos la posibilidad de acceder a medicamentos para atender afecciones corrientes, pero de gran impacto en un niño o una niña, como la conjuntivitis. La fundamentalidad del derecho a la salud de los niños ha llevado a la Corte

Constitucional a protegerlos incluso para evitar que contraigan enfermedades. Tal es el caso del acceso a vacunas para prevenir el contagio de enfermedades cuando puedan afectar significativamente su salud y exista el riesgo de contagio. Igualmente, se les ha garantizado aspectos básicos del derecho a la salud, como el derecho a que se actualice la orden del médico tratante cuando su desarrollo físico puede conllevar modificaciones al tratamiento, o el derecho al diagnóstico. Se les protege también de los abusos en los que puedan incurrir las EPS o las IPS, como por ejemplo, impedirle salir de un establecimiento de salud a un menor, hasta tanto alguien no haya firmado un título valor equivalente al costo del servicio, especialmente, si el menor se encuentra en situación de indefensión y vulnerabilidad. También se ha tutelado el derecho fundamental a la salud de un menor a que no se le cobren pagos moderadores cuando estos se constituyen en barreras al acceso de un servicio de salud, tanto si éste se requiere por ser necesario o por ser complementario y útil. La jurisprudencia ha protegido especialmente, entre los menores, a los bebés recién nacidos, considerando, por ejemplo, que una EPS viola los derechos de un menor al condicionar la atención médica a periodos mínimos de tiempo, en especial si se trata de servicios de salud que están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud. También reciben una especial protección de la jurisprudencia constitucional si concurren dos condiciones de vulnerabilidad, como ocurre, por ejemplo con los menores con discapacidad. Por ejemplo, ha señalado que una niña con discapacidad mental, tiene derecho a acceder a una cirugía de ligadura de trompas, autorizada por sus padres, siempre y cuando la decisión sea producto de un debido proceso orientado a respetar, en la mayor medida posible, la voluntad autónoma de la menor.”

4.2. No obstante lo anterior, este marco legal y constitucional amplio de protección que se ha desarrollado jurisprudencialmente, no ha sido suficiente y en muchas ocasiones ha llegado tarde. Desafortunadamente no han sido pocos los niños y las niñas que han fallecido esperando que se les reconociera y protegiera su derecho fundamental a la salud. En casos como estos la Corte ha sido implacable en resaltar por un lado la importancia de la posición de garante del Estado en la protección de los derechos constitucionales, so pena de la responsabilidad internacional que se pueda configurar, y por otro, la relevancia social que tienen situaciones como la muerte de un niño por excusas de orden administrativos.

4.2.1. Así, por ejemplo, en la sentencia T-576 de 2008, la Corte estudió el caso de un niño de cuatro meses de edad a quien se le negó la atención en una EPS aduciendo que ya no tenía convenio con la entidad donde le habían estado prestando la atención de manera continua, posteriormente el niño falleció sin recibir la atención requerida. En esta sentencia la Corte señaló que resultaba indispensable que el Estado controlara la actividad ejercida por hospitales, clínicas, centros de salud, con miras a asegurar el derecho fundamental a la salud, especialmente cuando se trata de niños o niñas, y en general de personas que por su condición de salud se encuentran en situación especial de indefensión y merecen una protección reforzada de sus derechos. En ese sentido consideró:

“(…) Particularmente (...) el Estado se convierte en garante tanto de la efectiva protección del derecho como de la eficiente prestación del servicio, incluso, cuando tanto la protección como la prestación del servicio ha sido asumida por particulares.

Cuando se constata que el Estado como garante de la efectiva protección de los derechos no cumplió con sus obligaciones y bien sea por su acción o por su conducta omisiva se desconocen derechos constitucionales, entonces debe responder por la lesión del derecho y ha de tomar las medidas para reparar el daño provocado en su dimensión subjetiva – de cara al titular del derecho – como proteger su dimensión objetiva adoptando las medidas que considere pertinentes para que la vulneración no se repita. (...) Esta obligación adquiere, pues, un matiz protector que se traduce no sólo en el deber estatal de abstenerse de desconocer los derechos sino, tanto más, en la necesidad de desarrollar políticas y actuaciones positivas para asegurar su efectiva vigencia. Justo en esta dirección, el Estado ha de reaccionar de manera aún más contundente cuando el desconocimiento de los derechos constitucionales que irradian sobre todos los campos y relaciones resulta ser sistemática y, en consecuencia, está obligado a tomar medidas preventivas por manera que los derechos no continúen siendo desconocidos.

(...) Dado que en el caso concreto se presentó la muerte del niño (...), la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la vida no pudo ser concedida.”

En esa oportunidad, la Corte hizo un llamado a las entidades integrantes del Sistema de Seguridad Social en Salud para que evitaran este tipo de situaciones y resaltó la necesidad de garantizar la calidad de la prestación de los servicios. Especialmente señaló el deber de no levantar obstáculos administrativos o de cualquier otra naturaleza que impidan la protección integral, continua y eficaz del derecho a la salud. Al respecto sostuvo:

“Cuando niños y niñas mueren porque entidades hospitalarias, valiéndose de excusas de orden administrativo, rechazan prestarles la atención en salud debida, el sufrimiento que sobreviene adquiere una clara dimensión social. Es esta una circunstancia inadmisibles en un Estado cuya Constitución se edifica sobre la base de la protección de los derechos constitucionales fundamentales y le otorga un lugar preponderante al amparo de los derechos constitucionales fundamentales de los niños y de las niñas (artículo 44 Superior).”

(...) ante la eventualidad de una afección que demande un servicio de salud de manera urgente, la salvaguarda de los mismos no puede hallarse supeditada a la ejecución de trámites administrativos. Pese a que en el presente caso es imposible, por obvias razones, determinar si la remisión a otra IPS para la realización de la intervención quirúrgica hubiera impedido la defunción de la menor, sí es posible concluir que la EPS al omitir realizar su remisión oportuna a otra IPS, le limitó a la niña sus posibilidades de mantenerse con vida al haberle impedido acceder a los servicios de salud considerados como de carácter urgente por su médico tratante. Una omisión de tal envergadura por parte de una Empresa Promotora de Salud, es inexcusable en un Estado Social de Derecho, más aún cuando la misma es motivada por cuestiones de carácter administrativo.

Así las cosas, cuando una EPS, en razón a trámites burocráticos y administrativos dilata, o no presta el servicio de salud a una persona que lo requiere con urgencia, atenta contra su derecho fundamental a la vida.”

4.3. Ante estos hechos incalificables, por su gravedad, la misma Corte ha reconocido que la protección ideal de los derechos de los niños no se logra con una jurisprudencia constitucional robusta y protectora que los garantice cada vez que sean violados; el ideal es que las prácticas aseguren los derechos de los menores de tal forma que no sea necesario ir ante un juez a solicitar su defensa. Menos aún cuando hay un desenlace fatal, como ocurre en este caso. Es así como queda reiterado que el derecho a la salud de niños y niñas es un derecho fundamental, autónomo y de carácter prevalente que exige el más alto nivel de observancia por parte del Estado. La desatención de un niño o una niña demuestra entonces, que probablemente se dejó de lado el respeto y la protección que se debe a un derecho fundamental y cierto.

5. La mora en el pago de los aportes a la seguridad social en salud de una persona, no puede constituir un obstáculo para la atención médica oportuna e integral de un niño o una niña, en especial si esta se requiere con necesidad

5.1. Los derechos fundamentales de los niños y las niñas prevalecen

5.1.1. La aplicación real del postulado constitucional según el cual “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” comprende también la idea según la cual de plantease un conflicto de intereses en cuyo extremo se encuentre la protección integral de un niño o una niña, estos prevalecen sin ninguna otra consideración. Así lo señaló la Corte en la sentencia T-953 de 2003 refiriéndose a la relación que existe entre los derechos fundamentales de los niños, el derecho a la igualdad y el amparo constitucional a la familia, como institución básica de la sociedad. La aplicación de este principio implica que los niños

son destinatarios de un trato preferente, en razón a su carácter jurídico de sujetos de especial protección. Son titulares de un conjunto de derechos que deben ser valorados de acuerdo con sus circunstancias específicas. Por tanto, el interés superior de niño tiene un contenido de naturaleza real y relacional, criterio que demanda una verificación, y especial atención, de los elementos concretos y específicos que identifican a los menores, a sus familias, y en donde inciden aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos importantes socialmente.

5.1.2. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha establecido parámetros generales que contribuyen a establecer criterios de análisis para situaciones específicas de menores, en las que se hace necesario, la aplicación del citado principio. Se han fijado dos condiciones que deben ser verificadas, desde el punto de vista fáctico y jurídico, que permiten establecer el grado de bienestar del menor y la necesidad de dar aplicación al principio de interés superior. Ha establecido que “desde el punto de vista factico es necesario tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo aspectos aislado; y desde el punto de vista jurídico, [todos] los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil”. Del reconocimiento del carácter fundamental y prevalente de los derechos de los niños, y del interés superior del menor como un principio constitucional que guía la interpretación de otros derechos, se deriva la obligación de las entidades públicas y privadas que desarrollan actividades relacionadas con los niños, de propender para la garantía y realización efectiva de sus derechos fundamentales, aún ante obstáculos de tipo económico y administrativo.

5.2 La mora en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social

5.2.1. Sobre la mora en el pago de los aportes, las normas del Sistema de seguridad Social en Salud consagraron la figura de la suspensión de la afiliación, la cual implica que el no pago de la cotización produce la interrupción de la afiliación y al derecho a la atención del paciente. Sin embargo, la aplicación de esta disposición normativa ha sido limitada por la

jurisprudencia constitucional.

5.2.2. En un primer momento, el estudio de la constitucionalidad de la norma se hizo en la sentencia C-177 de 1998. Se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 209 de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad, la Corte consideró que la suspensión de la afiliación solo podía ser aplicada a los afiliados del régimen contributivo y vinculados como trabajadores independientes. Con relación a los asalariados y servidores públicos, aclaró que no resulta razonable la suspensión de la afiliación, lo que procede es que, sin que haya interrupción del servicio en ningún momento, el empleador sea el que asuma la obligación de asegurar que se preste, tanto al trabajador como su grupo familiar.

5.2.3. Un año después con la sentencia SU- 562 de 1999 la Corte amplió la protección al considerar que: “si el empleador no responde le puede exigir a la EPS que lo atienda debidamente en razón de la voluntad del servicio público; pudiendo la EPS cobrarle al empleador o en algunos casos repetir contra el Fondo de Solidaridad.” Bajo la condición de que el mecanismo de la tutela solo prospera si el peticionario demuestra que su salud, en conexión con la vida están afectados. Esta regla se ha aplicado en múltiples oportunidades a través de la acción de tutela en sede de revisión.

5.2.4. Respecto de las personas que hacen las cotizaciones como trabajadores independientes, quienes teniendo la capacidad económica se abstienen de pagar ha dicho la Corte Constitucional en estos casos, que la barrera al acceso es impuesta por la misma persona, no por las entidades de salud. Así por ejemplo, en la sentencia T-959 de 2004 la Corte resolvió no tutelar el derecho a la salud de una niña de 3 años de edad, en razón a que sus padres sí contaban con la capacidad económica para asumir el costo que les correspondía por el servicio de salud que la niña requería (las jeringas necesarias para la aplicación de la insulina y las tirillas medidoras que se emplean en la glucometría), que no se encontraba incluido en el POS. La Corte confirmó la sentencia de instancia que consideró que la EPS no había violado el derecho de la niña al negarse a suministrar los servicios de salud

en cuestión. En esa oportunidad consideró lo siguiente:

“(…) la Corte no desconoce que, de acuerdo con la descripción de la capacidad económica de esta familia, cubrir los costos mensuales de las jeringas y de las tirillas que requiere su hija, implica una disminución del dinero disponible para el sostenimiento de la pareja, que les obliga a hacer un esfuerzo en este sentido, pero que en todo caso, no los está llevando a una situación que imposibilite su subsistencia digna.”

No obstante, lo anterior, en la misma sentencia (T-959 de 2004) advirtió que si el servicio se requiere con urgencia, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio debe autorizar la prestación del mismo y exigir a los padres (o a los responsables) cancelar a la EPS en 48 horas el costo que les corresponda asumir. En tales casos es la propia acción de los padres la que irrespeta el derecho de su hijo o hija, al obstaculizarlo por no asumir la obligación que les corresponde.

5.2.5. Varias Salas de Revisión de la Corte Constitucionalidad han reiterado que son ilegítimas las acciones que restrinjan el derecho a la salud, para presionar al usuario a cumplir con su deber de pago puntual de las cotizaciones. Aunque se reconoce que no es factible cobrar dineros que se daban pagar mediante medidas que restrinjan la prestación del servicio de salud. En tales eventos se puede poner en riesgo la salud, en incluso la vida de los pacientes. Bloquear la afiliación de una persona al Sistema de Salud, en especial si se trata de un sujeto de especial protección como lo es un niño o una niña, es una acción inadmisibles para obtener el cobro de las cotizaciones adeudadas bajo el orden constitucional vigente. Concretamente la Corte ha dado protecciones en este sentido en varias ocasiones. Por falta de pago, por ejemplo, no se puede interrumpir la prestación del servicio médico requerido a un joven que acaba de cumplir 18 años. Es deber de la EPS adelantar las medidas correspondientes para asegurar que cada persona cumpla con sus cargas con el Sistema de Salud, pero sin interrumpir servicios requeridos, en especial, se insiste de los niños y las niñas. Es una posición jurisprudencial reiterada, que ha insistido en la importancia de los derechos de toda persona menor de edad, ampliamente.

5.2.6. En la sentencia T-724 de 2014, la jurisprudencia de la Corte dejó en claro la cuestión al decidir que “los usuarios del Sistema de Salud tienen derecho a acceder a los servicios médicos indispensables para tratar una enfermedad que les causa dolor y deteriora su salud, de forma oportuna y continúa, incluso, si existe mora en el pago de las cotizaciones, pues la protección efectiva del derecho fundamental a la salud prevalece, siempre, frente a cualquier contingencia de tipo administrativo.” Para la Corte, en consecuencia, “las entidades de salud deben, primero, suministrar los medicamentos y practicar a los procedimientos idóneos para el restablecimiento de la salud de sus usuarios, y luego sí, adoptar medidas legítimas para exigir el cumplimiento de las obligaciones correlativas del interesado.” No obstante, la Corte fue categórica al señalar que nunca puede haber lugar a la suspensión del servicio requerido, como forma de presión para el pago. Para la Corte,

“en cualquier caso, la suspensión del servicio de salud es una medida inconstitucional para exigir el pago de una cotización que está en mora.”

5.2.7. Así, eximir a una persona con capacidad de pago del deber de pagar los costos razonables del servicio, implica desconocer el principio de solidaridad, dado que los recursos escasos del Fosyga terminan asignándose a quien tiene condiciones económicas para pagar, en lugar de beneficiar a quienes realmente carecen de capacidad económica para asumir el costo de cierto servicio médico. En ese orden de ideas, la mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social no es razón suficiente para negarle la atención en salud a un niño. Las entidades prestadoras de salud, públicas o privadas están en la obligación de prestar los servicios y tienen la posibilidad de ejercer las acciones de cobro que correspondan en cada caso. Esta garantía constitucional, se advierte, no afecta la estabilidad financiera del Sistema de Salud, toda vez que las EPS se encuentran facultadas para cobrar coactivamente los aportes en mora y a repetir por los gastos derivados de la prestación del servicio.

6. El principio de corresponsabilidad para la garantía del derecho a la salud y el maltrato por descuido de los niños y niñas.

6.1. La corresponsabilidad de protección, no exime el deber de tener que prestar el servicio

6.1.1. Por mandato constitucional el principio de corresponsabilidad hace referencia a la concurrencia de actores (Estado, familia y sociedad) y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños. No obstante lo anterior, los padres y la familia cercana de los niños y niñas son en principio quienes tienen la posibilidad directa de otorgarle salvaguarda a sus derechos fundamentales al desarrollo armónico e integral, en concreto a su derecho a la salud. Por esta razón, los padres o cuidadores, son los primeros llamados a velar por el bienestar físico, mental y emocional de estas personas. En otras palabras, están llamados a garantizar el desarrollo armónico e integral de toda persona menor de edad (Art. 44, CP).

6.1.3. En el ámbito del derecho civil, el régimen de custodia legal de los niños, establece el deber de protección y cuidado que tienen los padres o cuidadores frente a sus hijos. Respecto del deber de protección del derecho a la salud por parte de los particulares la Corte ha considerado se torna más exigente en la medida en la que exista un vínculo directo entre aquellos y éste.

6.1.4. Sin embargo, la existencia de estas responsabilidades coincidentes no significa que se puedan dejar de lado los deberes que se tengan. Expresamente ha dicho la Corte que las instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, “no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.”

6.2. La falta al deber de cuidado de padres o cuidadores puede constituir una forma de maltrato infantil

6.2.1. El maltrato infantil ha sido definido en Colombia por la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) como toda forma de castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.

6.2.2. La jurisprudencia ha establecido que una de las clases de maltrato infantil es el que ocurre por la omisión del deber de cuidado. Aquellos casos en los que los niños se dejan en tal situación de abandono o descuido que termina viéndose afectada su vida o su salud. Así por ejemplo, la Corte ha considerado que la omisión de afiliación a salud y de aportar el carnet de vacunación de un niño, constituye cierto nivel de negligencia de los padres, y estableció que como medida de restablecimiento de la garantía de sus derechos se les debía imponer una amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico. La medida de amonestación consiste en la conminación a los padres o a las personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente sobre el cumplimiento de las obligaciones que les corresponden o que la ley les impone. Comprende la orden perentoria de que cesen las conductas que puedan vulnerar o amenazar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, con la obligación de asistir a un curso pedagógico sobre derechos de la niñez, a cargo de la Defensoría del Pueblo, so pena de multa convertible en arresto.

6.2.4. El fondo de las Naciones Unidas para la Infancia ha llamado a esta forma de maltrato “maltrato por negligencia”, y ha dicho que esta se presenta cuando “un padre u otro referente legal, a pesar de ser capaz económicamente, no proporciona al niño la

alimentación, abrigo, seguridad o cuidados médicos básicos, o permita que un niño viva en un ambiente de carencias que pueden causarle o lo expongan a una alteración de la salud mental, emocional o física”.

6.2.5. En este orden de ideas, los padres o personas responsables que se abstengan de pagar los aportes al sistema de seguridad social, teniendo la capacidad económica de hacerlo, faltan a sus obligaciones de cuidado personal para el desarrollo integral de los niños, atentan contra la realización efectiva de su derecho a la salud de forma negligente. Esta conducta constituye una forma de maltrato infantil por descuido. De forma similar, los profesionales de la salud o los funcionarios del Sistema que no provean protección adecuada a una niña o a un niño, a pesar de tener la obligación de hacerlo a la luz del orden constitucional vigente.

6.3. Las conclusiones de la jurisprudencia constitucional son más claras aún si se tiene de presente que el Congreso de la República estableció que el derecho a la salud es fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo (Ley Estatutaria 1751 de 2015, art.2), cuyo objeto es “garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección” (art.1). El derecho a la salud, dice el legislador, comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud (art. 2; Ley 1751 de 2015). Al evaluar la constitucionalidad del proyecto de ley, en la sentencia C-313 de 2014, la Corte señaló lo siguiente:

“[E]l derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se

ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

Si bien la Ley Estatutaria del derecho fundamental a la salud no estaba vigente al momento en que Diego Alexander Castañeda López falleció, es preciso aclarar que lo que hace esta regulación es recoger legislativamente los parámetros que para entonces ya estaban vigentes en el orden constitucional, como lo señaló la propia Corte, que ahora, por supuesto, han de ser aplicados con mayor rigor por parte del juez de tutela, al existir esta regulación estatutaria.

7. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Risaralda, Sala de Casación Civil- Familia incurrió en defecto factico por indebida valoración probatoria y desconoció el mandato constitucional que prohíbe privilegiar asuntos de orden administrativo frente a la realización efectiva del derecho a la salud del niño Diego Alexander Castañeda.

7.1. Las acusaciones que se hacen por parte de los accionantes son dos. De una parte, consideran que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Risaralda vulneró el derecho constitucional al debido proceso y a la administración de justicia en el fallo que resuelve una demanda de responsabilidad civil médica por la muerte del niño Diego Alexander López, al incurrir en una supuesta indebida valoración de las pruebas allegadas al proceso. Por otro, señalan que existió un desconocimiento del precedente constitucional en relación a la obligación de las entidades prestadoras de servicios de salud de brindar la atención requerida por los usuarios, aun cuando exista mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud.

7.1.1. De esta forma, los accionantes, a través de su apoderado, plantearon como una violación al debido proceso la valoración que hizo el Tribunal del certificado de autorización expedido por la autoridad departamental, con el que contaba la Clínica Comfamiliar para

prestar el servicio de cirugía cardiovascular en adultos y niños. Para los accionantes, “la Sala Civil del Tribunal Superior de Pereira incurrió en dicha causal que vicia de ilegalidad su sentencia del 1º de septiembre de 2015, al haber omitido flagrantemente y sin justificación la valoración del oficio No. 343443 del 17 de noviembre del 2010 Ministerio de Protección Social con el que se comprobó que la Clínica Comfamiliar si contaba con el servicio de cirugía cardiovascular pediátrica para el 31 de julio de 2009, realidad y verdad procesal que la misma colegiatura admite, conduce inexorablemente a la declaratoria de responsabilidad civil de la Caja de Compensación Familiar de Risaralda por la muerte de Diego Alexander Castañeda López”.

7.1.2. De la misma manera, manifestaron que la EPS Saludcoop no podía negarse a prestar los servicios de salud al niño Diego Alexander, y en ese sentido, señalaron que “ (...) el Tribunal desconoció la interpretación y los alcances que la Corte Constitucional ha realizado y fijado sobre el derecho fundamental a la salud en aquellos casos en los que los trabajadores independientes incurren en mora en el pago de sus aportes, en virtud de lo cual quedó demostrado que la EPS Saludcoop (...) al no haber agotado el debido proceso, ampararse en motivos contractuales y/o económicos calificados como constitucionalmente inaceptables y por haberlo hecho en un momento en que la vida del menor se encontraba en grave e inminente riesgo (...) incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente constitucional que vicia de ilegalidad la providencia”.

7.2. En relación con los argumentos expuestos, en primer lugar, para la Sala resulta claro que tanto el Juzgado Quinto Civil de Pereira como el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Risaralda desconocieron abiertamente la Constitución y su jurisprudencia, al eximir de responsabilidad civil a la EPS Saludcoop por considerar que la mora en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud era razón suficiente para abstenerse de brindar la atención requerida por el niño Diego Alexander Castañeda López. La jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que el desconocimiento de principios o mandatos establecidos en la constitución por parte de un juez, a la hora de proferir una sentencia constituye una violación al derecho constitucional al debido proceso. De conformidad con el

precedente elaborado por la Corte Constitucional, la mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social no es razón suficiente para negarle la atención en salud a un niño, y las entidades prestadoras de salud, públicas o privadas están en la obligación de prestar los servicios y la posibilidad de ejercer las acciones de cobro que estén disponibles en cada caso. Menos aún si se trata de un servicio de salud que se requiere con necesidad.

7.2.1. Así las cosas, la decisión de los jueces en primera y segunda instancia de haber dejado de lado casi por completo estos hechos del proceso, tiene como consecuencia el desconocimiento de la obligación constitucional de las entidades prestadoras de salud, ampliamente reconocido y referido. Se desconoce el principio que caracteriza nuestro ordenamiento jurídico y constituyen una parte esencial del marco axiológico del cual se deriva la finalidad última del Estado Social de Derecho: la dignidad humana. En efecto, la actuación de la EPS Saludcoop al haberle impedido al niño Diego Alexander Castañeda, sin ninguna justificación médica, recibir una atención oportuna para tratar su patología y eventualmente haber mantenido sus posibilidades de vida,

pese al descuido de sus padres, constituye una transgresión a los derechos fundamentales a la vida y a la salud del niño.

7.2.2. ¿Cuál es el impacto del incumplimiento de esta obligación constitucional dentro de los fatales hechos ocurridos? Esta cuestión no compete resolverla a esta Sala de Revisión sino a los jueces de la jurisdicción ordinaria competentes. No obstante, es claro que es contrario al orden constitucional vigente que se llegue a la conclusión de que no hay responsabilidad porque no se tenía la obligación de atender. Tal razonamiento va en contra de una expresa obligación constitucional y legal. Para esta Corporación es inaceptable que una EPS como Saludcoop, a pesar de haber sido advertida en casos anteriores sobre la obligación de establecer un protocolo para la atención de urgencias que garantizara la efectividad, calidad y oportunidad de la atención en salud, como consecuencia del fallecimiento de otro niño (Daniel Felipe Rivera), nuevamente incurra en la misma conducta negligente y contraria a las obligaciones básicas de responsabilidad frente a la garantía de los derechos a la vida y salud de los niños.

7.2.3. Es importante señalar que de todos los servicios de salud que se puedan requerir con necesidad, aquellos que se deben dar como urgencias médicas tienen una protección especialmente reforzada. Es una decisión que el Legislador tomó al crear el Sistema de Seguridad Social en Salud. Como lo dispone la Ley 100 de 1993 (art. 168), “la atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago.” El Congreso de la República advierte categóricamente que “su prestación no requiere contrato ni orden previa.” El costo de tales servicios, dice la norma, será pagado por el Sistema. Al haber revisado la Constitucionalidad del artículo 164 de la Ley 100 de 1993, la Sala Plena reiteró que la garantía de acceso a los servicios de salud de urgencia se da incluso cuando se trata de enfermedades de alto costo, pues “en los casos de urgencias no se pueden oponer períodos mínimos de cotización, pues su exigencia podría vulnerar los derechos a la salud y a la vida de los usuarios”. Esta regla ha sido aplicada, por supuesto, también para la protección de los derechos de los niños y las niñas. El Legislador reiteró esta regla en materia de urgencia en la Ley 1122 de 2007 en el artículo 20 (parágrafo). De acuerdo con lo allí dispuesto, “se garantiza a todos los colombianos la atención inicial de urgencias en cualquier IPS del país.”

En la actualidad, el derecho a acceder a los servicios de urgencia médica sin barreras ni obstáculos por parte de las entidades encargadas de prestar servicios de salud, es una garantía que hace parte del derecho fundamental a la salud en virtud de la decisión del Legislador Estatutario, justamente al regular este derecho fundamental. Expresamente se advierte que todas las personas tienen, en relación con la prestación del servicio de salud, el derecho a “recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno”.

7.2.4. Así pues, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Risaralda incurrió en una primera vulneración del derecho fundamental al debido proceso de los accionantes e inició, en opinión de los suscritos, lo que sería un defecto factico en la resolución del caso, en la medida que tal omisión incidió de forma directa en la imposibilidad de mirar en conjunto, con

los otros hechos probados, la falta de atención inicial del menor de edad. Esto es grave por cuanto, como se señaló, es un aspecto estrictamente relevante para comprender cabal e íntegramente el resultado final que arrojó el fallecimiento del niño Diego Alexander.

7.3. En segundo lugar, corresponde a esta Sala evaluar la acusación expuesta en la demanda en relación con la configuración de un defecto factico por indebida valoración probatoria.

7.3.1. En la sentencia atacada, la Sala Civil del Tribunal superior de Risaralda hace las siguientes consideraciones:

“(...) la certificación (...) expedida por la Secretaría de Salud del Departamento, no da cuenta expresa de esa ayuda. La misma entidad informó el 19 de abril de 2012 que la clínica inscribió el servicio de cirugía cardiovascular de alta complejidad, sin diferenciar si era pediátrica o de adultos, lo que reiteró luego.

Ahora, que no existiera esa distinción, no significa que la demanda tuviese dispuesto el servicio de cirugía cardiovascular pediátrica. Al contrario, múltiples manifestaciones en el plenario muestran que no era así, empezando por la cirujana Aminta Colombia María Capasso Castro que indicó que en la Clínica Comfamiliar no estaba montada para la época en que el niño consultó, al punto que, por la gravedad de la situación, hubo que adaptar la sala, lo que se facilitó porque se trataba de un niño grande. En esa misma dirección declararon Santiago Salazar Marín, Hernán Henrique Giraldo Vera, Edwin Harold Hernández Sepúlveda, Dora Patricia Ramírez Devia, Ayda Luz Giraldo Granada y Mauricio Acosta García.

De manera que la sola oferta de servicio no puede entenderse dirigida a la población de niños, niñas y adolescentes que lo requieran; la especialidad, siendo similar, difiere, tanto

que, como explicó la cirujana que atendió a Diego Alexander, fue necesario adicionar la sala respectiva.

De allí que se descarte la conclusión de que la clínica faltó a su compromiso contractual, pues el niño llegó a urgencias, pero no específicamente para que se le realizara la aludida cirugía; su necesidad se fue detectando posteriormente; así que, de entrada, puede afirmarse que a él no se le llevó a la clínica por una afección cardíaca, sino por un malestar de varios días de avanzado. Y ya conocida a plenitud su situación y establecido que era perentoria intervenirlo, la clínica emprendió las tareas necesarias para ello; cuando vio cerradas las alternativas posibles de remisión contacto a la cirujana (...) quien solo pudo venir desde Bogotá el día 2 de agosto, aunque había ordenado la práctica previa de un angiotac.

En últimas, tampoco pudo ser esta una causa eficiente del fallecimiento del niño. Que la clínica no contara con dicho servicio pudo ser un factor influyente en el desenlace fatal, pero evidentemente no fue propiciado por la entidad. Fue más bien, una cuestión fortuita. Pensar lo contrario sería enviar un mensaje en el sentido de que todo centro que preste servicios de salud está obligado a contar con cuanta modalidad de atención se requiera, y con cuanto profesional en diferentes especialidades pueda haber, para no incurrir en una infracción como la que aquí se discute, lo cual chocaría la lógica. Dicho en otros términos, si estuviera comprobado que Comfamiliar contaba con el servicio de cirugía cardiovascular pediátrica y a pesar de ello tardó el suministro del mismo, no cabría duda de su responsabilidad; pero aquello, ya se dijo, no fue demostrado y, por tanto, lo que sigue es analizar si ante esa falencia, realizó las gestiones que tenía a su alcance para poner a salvo la vida del paciente.”

7.3.2. Es claro que el Tribunal manifestó, en primer término, que, aunque la Clínica no contara con el servicio de cirugía cardiovascular pediátrica, y este factor hubiera podido ser influyente en el desenlace fatal, no fue propiciado por la entidad, sino que más bien, se trató de una cuestión fortuita. En segundo lugar, adujo que si estuviera comprobado que

Comfamiliar tenía disponible el servicio de cirugía cardiovascular pediátrica y a pesar de ello hubiera tardado en el suministro del mismo, no hubiera quedado duda alguna de su responsabilidad; pero aquello no había sido demostrado y, por tanto, lo que correspondía era analizar si ante esta falencia, la Clínica realizó las gestiones que tenía a su alcance para poner a salvo la vida del paciente.

7.3.3. De la misma forma, el Tribunal llegó a la conclusión que “la gravedad de la enfermedad, impidió que se pudiera evolucionar de forma diferente (...) que no fue por una actitud reprochable de la clínica que no se realizara oportunamente la cirugía (...)”. Dicha consideración se extrae con base en los testimonios proporcionados por los mismos médicos que atendieron al niño en la Clínica Comfamiliar, más nunca tuvo en cuenta la opinión objetiva de un tercero ajeno a la parte accionada en el proceso de responsabilidad civil.

7.3.4. Respecto de los argumentos planteados, para iniciar es menester recordar que la jurisprudencia reiterada en la parte considerativa de esta providencia es muy clara en señalar que una de las manifestaciones del defecto factico, es aquella que se desprende de la omisión en el decreto y la práctica de pruebas cuando estas son conducentes para resolver el asunto que se debate. Observa la Sala que, en este caso, como bien se describió, los elementos de prueba que tuvo en cuenta el Tribunal para llegar a la conclusión que llegó se basaron en testimonios de los profesionales de la salud que tuvieron a cargo la atención del niño dentro de la Clínica Comfamiliar. En consecuencia, resulta arbitrario a todas luces que el Tribunal haya dado por probado que no hubo negligencia por parte de la Clínica Comfamiliar, sin contar con una prueba técnica científica que así lo certificara. Para esta Sala no hay una certificación de un experto diferente a los miembros del equipo médico que atendieron a Diego Alexander Castañeda. Este hecho vicia el fallo desde el punto de vista factico.

7.3.5. Estas conclusiones son cuestionables cuando la propia sentencia advierte que el hecho de que “la clínica no contara con dicho servicio pudo ser un factor influyente en el desenlace fatal”. Ahora bien, la sentencia descarta cualquier responsabilidad por parte de la entidad acusada porque considera que “evidentemente” tal situación no “fue propiciada por la

entidad". A su parecer fue "más bien, una cuestión fortuita". Pero ¿cómo se puede llegar a tal conclusión? Algo fortuito es algo que sucede inesperadamente y por casualidad. ¿Por qué considera el Tribunal que el hecho de que un niño llegue a pedir un servicio de salud a un centro de salud es una cuestión inesperada y que surge por casualidad? A tal conclusión se podría llegar, por ejemplo, si un teatro no está preparado para atender un parto. Que se dé a luz en un teatro o en un restaurante es algo que puede considerarse fortuito, sin duda. Pero considerar que es algo inesperado o casual el que una mujer lleve a su hijo a un centro de salud, no es aceptable. Para tratar de dar sustento a esta posición, el Tribunal presenta un argumento de reducción al absurdo. Esto es, se considera que no se puede concluir lo contrario porque llevaría a tener que aceptar algo contradictorio. Es decir, que es forzoso aceptar que la falta de atención 'fue algo más bien fortuito', que no es posible, sin contradecirse, llegar a la conclusión contraria. Así, dice el Tribunal que 'pensar lo contrario sería enviar un mensaje en el sentido de que todo centro que preste servicios de salud está obligado a contar con cuanta modalidad de atención se requiera, y con cuanto profesional en diferentes especialidades pueda haber, para no incurrir en una infracción como la que aquí se discute, lo cual chocaría la lógica.' Lo que contraviene a la lógica es este argumento que se presenta. En efecto, el hecho de que una entidad deba tener un determinado servicio en modo alguno lleva a concluir que esa entidad deba tener todo servicio de salud posible. El tener que determinar si tiene un determinado servicio surge de la obligación específica de tenerlo, según criterios como el tipo de centro de que se trate, las personas a las que atiende o tipo complejidades de servicios que se ofrezcan. Para el Tribunal, "si estuviera comprobado que Comfamiliar contaba con el servicio de cirugía cardiovascular pediátrica y a pesar de ello tardó el suministro del mismo, no cabría duda de su responsabilidad". Esta afirmación es cierta, en principio. Sin embargo, no se establece si la entidad en cuestión tenía la obligación de contar con tal servicio.

7.3.6. Resulta suficiente entonces para considerar que esta colegiatura incurrió en una violación al derecho constitucional al debido proceso, en la medida que, al haber basado el fallo en una prueba no técnica, este pierde todo el sustento probatorio que requiere necesariamente una decisión judicial. Adicionalmente, se da por probado que se trató de un hecho fortuito sin dar un elemento para considerar por qué habría una situación inesperada y casual.

7.4. Ahora bien, de un examen minucioso del expediente se observa que la sentencia atacada no se ve ajustada a derecho en el evento en que omitió tener en cuenta que la actuación de la Clínica Confamiliar está caracterizada por obstáculos administrativos, que impidieron proporcionarle al niño Diego Alexander Castañeda López la atención quirúrgica de urgencia que requería, una vez fue conocido el grave diagnóstico denominado: “aneurisma del seno de valsaba roto”. En ese sentido, la Corte ha sido clara en establecer como inadmisibles desde el punto de vista constitucional, que una entidad prestadora de servicios de salud no acceda a brindar la atención requerida por los pacientes con urgencia en razón de trámites administrativos.

7.4.1. Consta en la historia clínica que el día 31 de julio de 2009 el niño ingresó al servicio de urgencias de la Clínica Comfamiliar. Solamente hasta día 2 de agosto de 2009, ésta entidad decidió ocuparse directamente de la recuperación del niño. Después del pago de una suma de dinero y la firma de un pagaré por parte de los padres, procedió a contactar a la cirujana cardiovascular para ejecutar el procedimiento. El 3 de agosto se realizó la intervención quirúrgica de la que el niño Diego Alexander no salió con vida, por el grave deterioro que para ese momento presentaba. Para esta Corte es evidente que los días transcurridos entre la determinación del diagnóstico (31 de julio de 2009) y la realización de la intervención quirúrgica (3 de agosto de 2009) fueron determinantes para el inminente deterioro de la fuerza vital del menor y le impidieron soportar una afección tan grave como la que sufría. También resulta evidente, por los reportes de enfermería tanto de los médicos que reposan en la historia, que la Clínica Comfamiliar, no obstante haberle brindado atención constante, estaba esperando conseguir la autorización para remitir al niño a otra institución, para que se le practicara la intervención quirúrgica que requería.

7.4.2. En ese orden de ideas, valiéndose de excusas de orden administrativo, la Clínica Confamiliar omitió prestar la atención en salud de urgencia requerida por el niño, en el momento oportuno. Dilató injustificadamente la realización de la cirugía que era posible llevar a cabo con los equipos disponibles en la entidad, por el tamaño corporal del niño (1.160 cm de estatura y 50 kilos de peso, lo que equivale al tamaño de un adulto), tal como

lo aseguró el médico pediatra que llevo a cabo el procedimiento quirúrgico. Pero el procedimiento solo se realizó hasta un momento en el que, quizá, el deterioro del niño era inminente. La Clínica nunca dio razones de orden médico adicionales a la falta de equipos, y aun cuando este argumento hubiera configurado un riesgo para el éxito de la intervención, no era razonable sobreponer este riesgo al riesgo vital de darle más largas a una cirugía que quizá pudo haberle sumado posibilidades de vida a Diego Alexander de haberse hecho antes. Esto es algo que se ha de probar y constatar por medios adecuados e idóneos.

7.5. Tal como se expuso en la parte considerativa de esta providencia, no es constitucionalmente admisible que un trámite netamente administrativo como la imposibilidad de remisión para la realización de una cirugía determinada, tenga como resultado la muerte de un niño. Era preciso que la Clínica evaluara si esperar configuraba un riesgo superior al de realizar la cirugía con los equipos disponibles en el momento oportuno. Vale reiterar que los derechos a la salud y a la vida de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Como tal, ante la eventualidad de una afección que demande un servicio de salud de manera urgente, la salvaguarda de los mismos no puede hallarse supeditada a la ejecución de trámites administrativos.

7.6. Pese a que en el presente no le compete a la Sala determinar si la remisión a otra entidad para la realización de la intervención quirúrgica hubiera impedido la defunción del niño, sí es posible concluir que la clínica al dar largas a la intervención por razones administrativas, eventualmente pudo haber dado la posibilidad a Diego Alexander de mantenerse con vida. Se impidió darle acceso a los servicios de salud considerados como de carácter urgente por su médico tratante. Una omisión de tal envergadura por parte de una entidad de salud, es inexcusable en un Estado Social de Derecho, más aún cuando la misma es motivada por cuestiones de carácter administrativo.

Por las anteriores consideraciones, la Sala procederá a ordenar al Juez Quinto Civil del

Circuito de Pereira que vuelva a fallar la demanda de responsabilidad civil interpuesta por los accionantes.

8. Los padres de Diego Alexander Castañeda incurrieron en una actuación negligente al abstenerse de pagar las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud.

Un repaso del material probatorio que se encuentra en expediente permite observar a esta sala que la familia de Diego Alexander contaba con la capacidad de pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud, y que aun así se abstuvo de hacerlo. El niño Diego Alexander tuvo a los tres meses de edad una intervención quirúrgica por enfermedad cardiaca que le obligaba a realizar un tratamiento preventivo y controles por cardiología de por vida. No obstante, el último control había ocurrido dos años atrás. Según la apreciación del cardiólogo pediatra que le practico la cirugía previa al fallecimiento, una manera de detectar el diagnostico era realizar ecocardiogramas periódicos.

En este contexto en el que se dieron los hechos, para la Corte es extremadamente grave la actuación de los padres e implica un descuido negligente frente al cuidado de Diego Alexander. Esta situación se configura como una forma de maltrato infantil. Para la Sala no es posible determinar que de haber sido otra la diligencia frente al cuidado de la salud del niño, se hubiera podido evitar su muerte. Sin embargo, si es evidente que la conducta omisiva de los padres amenazó los derechos del niño y lo puso en una situación de vulnerabilidad.

Así, la Sala solicitará al Juez Quinto Civil del Circuito de Pereira que tenga en cuenta las anteriores consideraciones, al tasar los eventuales perjuicios morales y materiales propios del proceso por responsabilidad civil. Concretamente, se deberá tener en cuenta los parámetros constitucionales aplicables al caso, en especial, aquellos que fueron resaltados por esta Sala de Revisión en los capítulos 5 y 6 de las consideraciones de la presente sentencia, así como la decisión que se adopta.

III. DECISIÓN

[1] Un juez incurre en una violación al derecho constitucional al debido proceso, al eximir de responsabilidad civil a una EPS, cuando considera: (i) que es una razón suficiente para abstenerse de brindar atención a un niño, el que sus padres hayan dejado de pagar algunos aportes al sistema de seguridad social en salud; (ii) que la no disponibilidad de equipos especializados para la atención en salud exonera de responsabilidad a una entidad prestadora de servicios de salud, sin verificar la obligación de si se debía tener tal servicio; o (iii) que la no atención oportuna a un niño por razones de orden administrativo no constituye un incumplimiento de los deberes constitucionales.

[2] Los padres son responsables del deterioro de la salud de sus hijos cuando no cumplen con la obligación de garantizarles el acceso al servicio médico, en especial si se cuenta con recursos para ello y el niño o la niña tienen una situación de salud precaria

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en este proceso y REVOCAR las sentencias de tutela proferidas por las Salas de Casación Laboral y Civil de la Corte Suprema de Justicia, en primera y segunda instancia, respectivamente, en el proceso de la referencia. En su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia de la señora Rosa María Forero Castañeda.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTO la sentencias proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Risaralda del primero (1) de septiembre de 2015, al conocer en segunda instancia del proceso ordinario por responsabilidad civil extracontractual adelantado por la peticionaria

en contra de la Clínica Comfamiliar de Risaralda y la EPS Saludcoop; y el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira del veintitrés (23) de octubre de 2013, al conocer en primera instancia del proceso ordinario por responsabilidad civil de la misma causa.

Tercero.- ORDENAR al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira que decrete un período probatorio adicional en el cual hará uso de sus facultades inquisitivas para dictar un fallo en los términos indicado en la parte motiva de esta providencia, cuyo término no podrá exceder de 60 días. Una vez cerrado este período probatorio adicional, se deberá dictar sentencia en los términos previstos por el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil, atendiendo los parámetros constitucionales aplicables al caso, en especial, aquellos que fueron resaltados por esta Sala de Revisión en los capítulos 5 y 6 de las consideraciones de la presente sentencia, así como la decisión que ha sido adoptada.

Quinto.- ORDENAR que por Secretaría General de esta Corporación se remita copia de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud para que adelante acciones de su competencia, según lo dispuesto en el Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

Sexto.- LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como DISPONER las notificaciones a las partes -a través del Juez de tutela de instancia-, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (e)

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS

Magistrado (e)

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

