

Sentencia T-901-09

ACCION DE TUTELA-Hecho superado no exime de pronunciamiento de fondo

ACCION DE TUTELA-Hecho superado por fallecimiento de bebé como consecuencia de la enfermedad denominada síndrome de feto arlequín o escama de pescoc con la que nació

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Obligación de reconocer sin ninguna formalidad prestaciones de salud en enfermedades congénitas o adquiridas que generen corta expectativa de vida

ACCION DE TUTELA-EPS actuó diligentemente y suministró todos los servicios médicos requeridos por la bebé

Acción de tutela instaurada por el señor Carlos Albero Ossa Cifuentes, en representación de la menor Laura Sofía Ossa Jaramillo (q.e.p.d), en contra de la Entidad Promotora de Salud "Servicio Occidental de Salud" -SOS EPS-.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Juan Carlos Henao Pérez y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º, de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela de instancia única dictado por el Juzgado Segundo (2) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tulúa -Valle-, el día quince (15) de mayo de dos mil nueve (2009), dentro de la acción de tutela

instaurada por el señor Carlos Albero Ossa Cifuentes, en representación de la menor Laura Sofía Ossa Jaramillo (q.e.p.d), en contra de la Entidad Promotora de Salud "Servicio Occidental de Salud" -SOS EPS-.

#### I. ANTECEDENTES.

Carlos Alberto Ossa Cifuentes impetró acción de tutela, en representación de la menor Laura Sofía Ossa Jaramillo (q.e.p.d) y en contra de la Entidad Promotora de Salud "Servicio Occidental de Salud" -SOS EPS-, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud y vida de su menor hija.

#### HECHOS.

Los hechos que fundamentan la solicitud de amparo son los siguientes:

1.- Manifestó que es una persona de veintitrés (23) años de edad, afiliado como cotizante a la Entidad Promotora de Salud "Servicio Occidental de Salud" -SOS EPS- y que, en virtud de ello, ha cumplido con el pago de todos sus aportes encontrándose en la actualidad a "paz y salvo".

2.- Expresó que el día veintiocho (28) de abril del año en curso, nació su hija Laura Sofía Ossa Jaramillo (q.e.p.d), con una enfermedad congénita denominada SÍNDROME DE FETO ARLEQUÍN o ESCAMA DE PESCAO o ICTIOSIS CONGÉNITA, con un peso de 3035 gramos y 52 centímetros de largo; razones por las cuales permaneció desde su alumbramiento hospitalizada.

3.- Declaró que, "la piel de mi hija es lacerada por lo que requiere de una VASELINA ESPECIAL diaria para hidratarla, un SPRAY para aplicar después del baño, una GEL oftálmica GENTEAL para aplicarle en los ojos ya que la bebé no parpadea; con ésta (sic) VASELINA y el SPRAY le hidratan la piel ya que, mi menor hija pierde continuamente sodio y potasio".<sup>1</sup>

4.- Añadió que "De igual manera, la ICTIOSIS CONGÉNITA es la caída de la piel diaria de la bebé lo que hace que ella se infecte donde se le cae la piel, requiriendo de esta manera de un cuidado especial y profesional que sólo le brinda la Clínica San Francisco, que es donde está recluida mi menor hija".<sup>2</sup>

“Vivo en un pasaje que no está pavimentado y cuando llueve, la humedad, se siente mucho en la casa y cuando está haciendo mucho verano se levanta el polvo, motivo por el cual nosotros no podemos tener la bebé aquí en nuestra casa porque la exponemos a infecciones continuas agravando sus estado de salubridad”3.

“Igualmente manifiesto que me encuentro sin trabajo y que no tengo los recursos para comprar los insumos y demás medicamentos ordenados por los galenos tratantes, que mi menor hija requiere en estas condiciones”4.

“Para una mejor visión de la patología quiero manifestar que sólo dos casos en Colombia y cinco en el mundo se han registrado sobre este síndrome, toda vez que se configura (sic) con el desprendimiento de piel, lesión permanente en ésta y fiebres que pueden producir fuertes dolores en un ser humano”5.

5.- Por lo expuesto, solicito que: “se sirva ordenar a la entidad SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.O.S E.P.S, autorice los medicamentos, procedimientos, actividades e insumos que requiera el tratamiento de la enfermedad o síndrome FETO DE ARLEQUÍN O ESCAMA DE PESCADO, a costa del demandado ante mi precaria situación económica, referida con la posibilidad de que se repita contra FOSYGA”.

Que se mantenga hospitalizada hasta su recuperación total”6.

Solicitud de tutela.

8.- El ciudadano Carlos Alberto Ossa Cifuentes, considera vulnerados los derechos fundamentales a la vida y salud de su pequeña hija, Laura Sofía Ossa Jaramillo (q.e.p.d), por lo que solicita se ordene a la Entidad Promotora de Salud “Servicio Occidental de Salud” -SOS EPS- suministrar todos los insumos, medicamentos, procedimientos y actividades que su menor hija requiera para manejar y controlar la enfermedad congénita con la que nació -ICTIOSIS CONGÉNITA o SÍNDROME DE FETO ARLEQUÍN-.

Pruebas aportadas al proceso.

9.- En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Copia del RESUMEN DE EPICRISIS de la madre de la menor María Fernanda Jaramillo

Taborada.7

- Copia de la fórmula médica, emitida por un especialista de la Clínica San Francisco S.A., en la que se le ordena Genteal a la menor Laura Sofía Ossa Jaramillo (q.e.p.d).8

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Carlos Alberto Ossa Cifuentes.9

Intervención de la Entidad Promotora de Salud "Servicio Occidental de Salud" -SOS EPS-.

12.- La Entidad Promotora de Salud "Servicio Occidental de Salud" -SOS EPS-, a través de su Directora de Sede, Sandra Patricia Bolivar Lasprilla, solicitó se declarara la improcedencia de la acción de tutela, toda vez que:

- La menor Laura Sofía Ossa Jaramillo perteneció al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la EPS SOS S.A., en calidad de beneficiaria del señor Carlos Alberto Ossa Cifuentes.

- En nombre de la menor se interpuso acción de tutela en razón al diagnóstico "SINDROME DE FETO ARLEQUIN" con que la menor nació y para que, le fueran entregados todos los medicamentos ordenados por el médico especialista.

- Con todo, la menor Laura Sofía Ossa Jaramillo tuvo total cubrimiento de todos los servicios médicos requeridos durante su periodo de vida hospitalario.

- Desafortunadamente, la menor Laura Sofía Ossa Jaramillo falleció a los pocos días de su alumbramiento por causa de la patología padecida. Prueba de ello, es la historia clínica de la paciente (que se adjunta) en la que se evidencia que el deceso de la bebé fue en razón a la ICTIOSIS CONGÉNITA con la que nació.

-"Siendo claros los recientes hechos del caso particular, de manera específica el fallecimiento de la menor LAURA SOFÍA OSSA JARAMILLO, y de acuerdo a la jurisprudencia constitucional referida a las acciones de tutela, deberá declararse por parte del Juez de conocimiento la carencia actual de objeto".10

Pruebas aportadas al proceso.

13.- En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Copia del certificado de existencia y representación de la Entidad Promotora de Salud "Servicio Occidental de Salud" -SOS EPS-, emitida por la Cámara de Comercio de Tulua -Valle-.11
- Copia de la historia clínica de la menor Laura Sofía Ossa Jaramillo (q.e.p.d).12

Instancia Única. Juzgado Segundo (2) Penal Municipal de Tulúa -Valle-.

14.- El Juzgado Segundo (2) Penal Municipal de Tulúa -Valle-, mediante sentencia proferida el día quince (15) de mayo de dos mil nueve (2009), declaró la improcedencia de la acción de tutela pues, al momento de tomar una decisión sobre el caso sub examine la menor Laura Sofía Ossa Cifuentes ya había fallecido, luego, para ese momento, ya no había objeto jurídico sobre el cual decidir.

Revisión por la Corte Constitucional.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Ocho (8), mediante Auto del veintiuno (21) de agosto de dos mil nueve (2009) dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

17.- Esta Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio.

18.- El ciudadano Carlos Alberto Ossa Cifuentes, impetró acción de tutela en representación de su menor hija, Laura Sofía Ossa Jaramillo (q.e.p.d) por considerar que los derechos a la vida y a la salud de aquella hubiesen podido estar sometidos a un

perjuicio irremediable por parte de la Entidad Promotora de Salud "Occidental de Salud -SOS EPS- al negarle, en general, todos los medicamentos, insumos y procedimientos requeridos para el manejo de la ICTIOSIS CONGÉNITA o SINDROME DE FETO ARLEQUÍN con el que nació y, específicamente las vendas de vaselina, el gel gental y un spray necesario para mantener su piel humectada.

Por tal razón, solicita se ordene a la Entidad Promotora de Salud "Servicio Occidental de Salud" -SOS EPS- hacerle entrega de todos los medicamentos, procedimientos e insumos que se requirieron para el manejo de la enfermedad -ICTIOSIS CONGÉNITA- que su hija Laura Sofía Ossa Jaramillo (q.e.p.d) padeció desde su alumbramiento.

Por su parte, la Entidad Promotora de Salud "Servicio Occidental de Salud" -SOS EPS-, a través de su Directora de Sede, señora Sandra Patricia Bolívar Lasprilla, solicitó se declarara la improcedencia de la acción de tutela por carencia actual de objeto, toda vez que a la menor Laura Sofía Ossa Jaramillo (q.e.p.d) falleció a los pocos días de nacida por causa única de su enfermedad -ICTIOSIS CONGÉNITA-, no habiendo negligencia alguna de la demandada toda vez que, esta suministró todos los medicamentos y procedimientos requeridos por el médico tratante de la menor.

El Juzgado Segundo (2) Penal Municipal de Tulua -Valle- mediante sentencia proferida en instancia única, el día quince (15) de mayo de dos mil nueve (2009) declaró la improcedencia de la acción de tutela para obtener el amparo solicitado por configurarse una carencia actual de objeto ya que, al momento de tomar la decisión de instancia la menor Laura Sofía Ossa (q.e.p.d) ya había fallecido.

Perspectiva del caso objeto de Revisión.

3.- Con fundamento en lo expuesto, la Corte encuentra que frente a la solicitud de amparo realizada por el padre de la menor Laura Sofía Ossa Jaramillo (q.e.p.d) se configuró el fenómeno jurídico de la carencia actual de objeto, en razón a que la orden del Juez Segundo (2) Penal Municipal de Tulúa - Valle consistente en el reconocimiento de los tratamientos requeridos por la menor, ya no surte ningún efecto por cuanto ésta falleció. Con base en esto, podría pensarse que en el caso concreto la carencia actual de objeto tiene origen en un daño consumado (a la luz de los términos de la jurisprudencia constitucional) causado por la falta de atención médica a la menor; tal como ocurrió en

un caso similar (Sentencia T-576 de 2008) en el que, la Corte constató que la muerte del menor había sido consecuencia de la negligencia en el proceder de la entidad demandada.<sup>13</sup>

Empero, en el caso sub examine confluyen una serie de situaciones y circunstancias que, unido al estudio del material probatorio obrante en el expediente, permiten dilucidar que, el fenómeno de la carencia actual de objeto ocurrió por la presencia de un hecho superado.

En primer lugar, la enfermedad ICTIOSIS CONGÉNITA padecida por la menor Laura Sofía Ossa Jaramillo es un patología sui generis<sup>14</sup>, que se presenta desde el nacimiento (al ser congénita y hereditaria) cuya expectativa de vida no va más allá de los pocos días del alumbramiento, salvo contados casos excepcionalísimos en los que, se ha logrado que estas personas lleguen a la adolescencia pero con tratamientos especiales, tal como se constata en la historia clínica<sup>15</sup>

En segundo lugar, se tiene que del estudio del material probatorio se deduce que no hubo actuación negligente por parte de la Entidad Promotora de Salud "Servicio Occidental de Salud -SOS EPS- pues suministró todos los medicamentos, servicios, insumos y procedimientos necesarios para manejar la enfermedad padecida por Laura Sofía Ossa Jaramillo. En efecto, en la historia clínica de la menor se evidencia, que tanto la entidad demandada (SOS EPS) como el Hospital San Francisco en la ciudad de Tulúa -Valle- desplegaron una conducta diligente y tomaron todas las medidas requeridas para el manejo del caso de Laura Sofía. Si se lee, a folio 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de la historia clínica de la paciente que reposa en el cuaderno 1 del expediente, se observa que la menor Laura Sofía nació con dificultades respiratorias, piel amarillenta, gruesa y con escamas, deformidades en las extremidades, hipotermia, hipoplastia de nariz, sangrado en las fisuras profundas en las zonas de pliegues y cuero cabelludo, sin orejas, cianosis labial y párpados arreversados. Desde ese mismo momento, pasó a cuidados intensivos prenatales, en incubadora (para controlarle la temperatura), con respiración asistida y vendajes de vaselina y gel lubricante (acorde prescripción del médico dermatólogo) para hidratarle la piel que se cambiaban día a día con estricto cuidado y

esterilización, se bañaba en agua esterilizada y se monitoreaba permanentemente.

En este orden la Sala verificó la siguiente condición médica y su evolución: pasados seis (6) días de nacida su estado de salud empeoró pues aparecieron más fisuras en su piel y las que ya había, se hicieron más marcadas y sangraban, generando una infección respiratoria, la cual fue tratada VANCOMICINA y MEROPENEM y ACETAMINOFEN para bajarle las altas fiebres, sin resultado alguno.

De igual manera, a folio 33 del cuaderno principal, se evidencia que el cuidado y el manejo dado a la menor Laura Sofía (q.e.p.d) fue cuidadoso y diligente:

“Mayo 3 /2009 7:00 PM. Recibo paciente de sexo femenino, de 5 días de vida, en incubadora de doble pared la cual se encuentra apagada, por aumento de temperatura corporal, en posición de decúbito lateral izquierdo, con piel cubierta con vendaje de gasas impregnadas de vaselina, tratamiento por diagnóstico de ictiosis tipo arlequín, con piel cubierta con capas gruesas de color amarillo con más grietas que en días anteriores, donde se encuentra agrietado piel color rojo intenso, con tórax con respiración superficial y rápida, con saturación de oxígeno mayor de 90%, abdomen blando con catéter venoso umbilical pasando líquidos endovenosos a 30 CCKGDIA, por bomba de infusión a 3.8 CC hora, con DEXTROSA AL 10%, más NATROL y KATROL. Se le reinició antibiótico, recibe tratamiento con VANCOMICINA y MEROPENEM ENDOVENOSO y con ACETAMINOFEM para manejo de fiebre, con vía oral ordenada con 60 CC de fórmula uno, por succión, según entrega de turno en la toma de 6PM sólo recibe y tolera 20 CC, genitales femeninos, íntegros, extremidades con deformidades de tobillos, muñecas y dedos los cuales observan mucha palidez sin perfusión dital, con monitorización de signos vitales permanente registrados, se recibe con taquicardia”.

Ahora, a folio 34 del cuaderno principal, también se constata que hubo un adecuado manejo por parte de la entidad accionada como el Hospital San Francisco al caso de Laura Sofía (q.e.p.d).

“MAYO 4 /2009. Se intervino paciente para realizarle cambio de cubierta de piel, la cual se realiza con técnica estéril y se cambia nuevamente a gasa impregnada con vaselina por todo el cuerpo a excepción de la cara, donde sólo se aplica vaselina sin gasa. Se administra tratamiento ocular con gel lubricante y se administra vía oral de 60 CC de

fórmula uno, los cuales recibe con reflejo de succión débil y lento pero los recibe y tolera hasta el momento, se rotan sensores de monitorización y cambio de pañal con deposición”.

Así pues, a lo largo de la lectura de toda la historia clínica de la menor se verifica que su enfermedad fue manejada de acuerdo con las técnicas de la medicina y la ética profesional, por lo cual no es posible concluir, en sede de tutela, que la muerte de la menor se deba a fallas en el manejo de su condición médica. Esto, sin perjuicio de que los jueces competentes para declarar responsabilidades médicas, realicen el estudio pertinente del caso.

Por otro lado, se debe tener en cuenta también que el padre de la menor, señor Carlos Alberto Ossa Cifuentes, impetró la acción de tutela como una medida preventiva para garantizar que los medicamentos y procedimientos requeridos para el manejo de la ICTIOSOS CONGÉNITA que padecía su hija fueran entregados por la Entidad Promotora de Salud “Servicio Occidental de Salud -SOS EPS-. Luego, la presente acción de tutela no tuvo como fundamento la falta de reconocimiento de las vendas de vaselinas y el gel lubricante a las que, él hace referencia en el escrito de tutela. Dicho de otra manera, el accionante pretendía por medio de esta acción, obtener todos los insumos necesarios para tratar la patología de su menor hija sin necesidad de acudir a la acción de tutela en el evento en el que le fueran negados por la entidad demandada, por ser procedimientos y medicamentos no POS.

Con fundamento en lo expuesto, para esta Sala es palmario que en el caso sub examine se configuró el fenómeno jurídico de la carencia actual de objeto por un hecho superado. Sin embargo, considera pertinente reiterar su jurisprudencia sobre, (i) el fenómeno de la carencia actual de objeto por un hecho superado y, (ii) la obligación de la Entidades Promotoras de Salud de reconocer prestaciones de salud en enfermedades con una baja expectativa de vida.

El fenómeno de la carencia actual de objeto por un hecho superado. Reiteración de Jurisprudencia.

4.- De conocimiento general es que, la acción de tutela fue consagrada por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 con la finalidad de garantizar la efectiva protección de

los derechos fundamentales de los ciudadanos ante su violación o amenaza por parte de cualquier servidor público o de un particular (en los casos establecidos en la ley).

Sin embargo, hay ocasiones en las que el supuesto de hecho que motiva el proceso de tutela se supera o cesa, ya sea (i) antes de iniciado el proceso ante los jueces de instancia o en el transcurso del mismo o (ii) estando en curso el trámite de revisión ante esta Corporación<sup>16</sup>. En éste último evento, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela se torna improcedente<sup>17</sup> por no existir un objeto jurídico sobre el cual proveer, sin que por ello, pueda proferir un fallo inhibitorio (por expresa prohibición del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991).

En efecto, esta Corporación ha dispuesto que en las hipótesis en las que se presente el fenómeno de carencia actual de objeto, el juez de tutela debe proferir un fallo de fondo, analizando si existió una vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se solicita y determinando el alcance de los mismos, con base en el acervo probatorio allegado al proceso. Por ello, cuando en el trámite de revisión, se infiera que el juez de instancia ha debido negar o conceder el amparo solicitado “debe procederse a revocar la providencia materia de revisión, aunque se declare la carencia actual de objeto, porque no es viable confirmar un fallo contrario al ordenamiento superior”<sup>18</sup>

Sobre el particular, este Tribunal en sentencia T-722 de 2003 precisó:

“i.) Así, pues, cuando el fundamento fáctico del amparo se supera antes de iniciado el proceso ante los jueces de tutela de instancia o en el transcurso de este y así lo declaran en las respectivas providencias, la Sala de Revisión no puede exigir de ellos proceder distinto y, en consecuencia, habrá de confirmar el fallo revisado quedando a salvo la posibilidad de que en ejercicio de su competencia y con el propósito de cumplir con los fines primordiales de la jurisprudencia de esta Corte, realice un examen y una declaración adicional relacionada con la materia, tal como se hará en el caso sub-examine.

ii.) Por su parte, cuando la sustracción de materia tiene lugar justo cuando la Sala de Revisión se dispone a tomar una decisión; si se advirtiere que en el trámite ante los jueces de instancia ha debido concederse el amparo de los derechos fundamentales invocados y así no se hubiere dispuesto, la decisión de la Sala respectiva de esta Corporación, de conformidad con la jurisprudencia reciente, consistirá en revocar los fallos

objeto de examen y conceder la tutela, sin importar que no se proceda a impartir orden alguna. (subrayado fuera del texto)

“Por lo tanto, el fallo de segunda instancia acorde a las pruebas y situaciones obrantes en el expediente para esa oportunidad ha debido proteger los derechos del actor que efectivamente estaban siendo vulnerados, razón por la cual se procederá a revocar el fallo de segunda instancia. No se impartirá orden alguna para restablecer los derechos del actor, sólo por cuanto de las pruebas solicitadas por esta Corporación se infiere que la vulneración de los derechos del actor ha cesado al superarse el hecho que dio origen a la presente acción de tutela. De impartirse alguna orden, esta no tendría efecto...”<sup>19</sup>.

De tal manera, se puede concluir que el fenómeno de la carencia actual de objeto se presenta cuando los motivos que generan la interposición de la acción de tutela cesan o desaparecen por cualquier causa, perdiendo así su razón de ser por no haber un objeto jurídico sobre el cual proveer. Sin embargo, ello no es óbice para que el juez constitucional, ya sea en segunda instancia o en sede de revisión, entre a analizar la juricidad del fallo paragonándolo con el ordenamiento constitucional y la interpretación que para tal efecto haya realizado esta Corte y si es del caso, hacer una declaración jurídica sobre la materia objeto de estudio, es decir revocar el fallo sub examine, sin impartir orden alguna por haberse superado el supuesto de hecho que generó la acción.

La obligación de las Entidades Promotoras de Salud de reconocer prestaciones de salud en enfermedades con una baja expectativa de vida.

5.- Frente al caso como el que nos ocupa, es decir enfermedades congénitas o adquiridas que generan una corta expectativa de vida, surge el interrogante de ¿si las Entidades Promotoras de Salud deben suministrar todos los procedimientos, insumos, servicios y medicamentos necesarios para manejar y controlar los padecimientos que la mismas generan en las personas, aún si no se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud?

Por ello, es deber de todas las Entidades Promotoras de Salud suministrar inmediatamente todos los medicamentos, servicios, insumos y procedimientos necesarios para contrarrestar las dolencias padecidas por estas personas hasta el momento de su

deceso, sin dilación alguna. Ello, en virtud de la cláusula general contenida en el artículo 1º de la Constitución, así como en aplicación de los artículos 13 y 95 Superiores que demandan un deber de solidaridad y la protección a la vida sobre todas las cosas.

En ese sentido, cuando quiera que se esté ante un caso como el que nos ocupa y se requieran medicamentos, servicios o procedimientos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, las Entidades Promotoras de Salud se encuentran en la obligación de suminístralos, sin imponer ningún tipo de formalidad (como lo es acudir ante el Comité Técnico Científico o inclusive a la acción de tutela) que impida palear la sintomatología padecida. De lo contrario, incurrirían en aquello que la jurisprudencia del Consejo de Estado, acogida por esta Corporación mediante sentencia T-234 de 2007, ha denominado “perdida de la oportunidad”<sup>20</sup> ante la ocurrencia de un daño cierto, en materia de responsabilidad medica.

Así las cosas, esta Corporación en Sentencia T- 234 de 2007, señaló:

“En efecto, el Consejo de Estado acogió en su jurisprudencia en materia de responsabilidad médica, la tesis de la “pérdida de un chance u oportunidad”<sup>21</sup>, consistente en que la falla en la prestación del servicio de salud configura responsabilidad, por el sólo hecho de no brindar acceso a un tratamiento, incluso si desde el punto de vista médico la valoración de la efectividad del mismo, muestra que pese a su eventual práctica (es decir si se hubiera practicado y no se hubiera incurrido en la falla en la prestación del servicio), el paciente no tenía expectativas positivas de mejoría.”

Y a su vez, el Consejo de Estado mediante fallo del 10 de febrero de 2000 indicó:

“En otras palabras, si bien no puede considerarse probada la relación de causalidad entre la actitud omisiva de la entidad demandante y la muerte del paciente, sí está claramente acreditada aquella que existe entre dicha actitud y la frustración de su chance sobrevenida (sic). Esta distinción es fundamental para enervar cualquier observación relativa a la laxitud en la prueba de la causalidad. Esta se encuentra totalmente acreditada respecto de un daño cierto y actual, que no es la muerte, sino la disminución de la probabilidad de sanar”.<sup>22</sup>

Esa pérdida de la oportunidad, que ante el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo desemboca en un juicio de responsabilidad civil extracontractual, frente a la Constitución Política de 1991 y la cláusula general del Estado Social de Derecho se traduce en una (i) violación al derecho fundamental a la vida de la persona que padece ese tipo de enfermedades que, desafortunadamente, le ponen un término de vida muy corto a quien las presenta, verbi gratia, síndrome de feto arlequín, y (ii) en el chance de mitigar la sintomatología dolorosa y penosa que las mismas generan a través de la aplicación inmediata de todos los servicios médicos requeridos.

Por lo tanto, frente a este tipo de enfermedades sui generis como lo es la ICTIOSIS CONGÉNITA o SÍNDROME DE FETO ARLEQUÍN y que generan una expectativa corta de vida, las Entidades Promotoras de Salud no pueden oponer el hecho de que los medicamentos, servicios y procedimientos requeridos estén por fuera del Plan Obligatorio de Salud para suturarse del suministro de los mismos pues, con ello desconocerían el derecho fundamental a la vida y de suyo la pérdida de la oportunidad en paliar la sintomatología dolorosa y penosa que las mismas patologías generan. Contrario sensu, deben suministrar inmediatamente los servicios médicos requeridos en procura de una agonía digna.

Del caso concreto.

6.- En el caso objeto de revisión, tal como se señaló en líneas anteriores, la Sala encuentra que antes de que se le diera trámite a la acción de tutela en primera instancia en el Juzgado Segundo (2) Penal Municipal de Tulúa -Valle, la menor Laura Sofía Ossa Jaramillo falleció como consecuencia de la enfermedad ICTIOSIS CONGÉNITA con la que nació. En efecto, a folios 35 y 36 del cuaderno principal del expediente se lee que el deceso de la infante se produjo el día cuatro (4) de mayo del año en curso a las siete y treinta y cinco de la noche (7:35 pm), luego de seis (6) penosos días de vida tanto para ella como para los padres de la menor.

“MAYO 4 DEL 2009. 7PM. Recibo RN de 6 días de vida, sexo femenino, en incubadora de doble pared, en posición DLD, piel gruesa amarilla, con partes de piel rosada cubierta con gasa vaselinada, con soporte de oxígeno por MC al 98% de FIO2, A 10 LTS por min, con silverman de 3/10 dado por tiraje intercostal y retracción xifoidea, cianosis labial, con uso

de musculatura accesoria, con jadeo, saturación actual del 30%, respiraciones superficiales, con catéter umbilical venoso permeable pasando DAD 10% mas sodio, mas potasio por bomba de infusión, con pañal, extremidades con malformaciones en muñeca y tobillos, mal profundidad, con monitoria de signos vitales. Se llama vía telefónica al padre y se informa del estado crítico del RN, el cual queda en venir".<sup>23</sup>

Con ello, es claro que la carencia actual de objeto obedeció a la presencia de un hecho superado, diferente al daño consumado referenciado en la Sentencia T-576 de 2008, ya que el fallecimiento de la menor se originó, en principio, en la ICTIOSIS CONGÉNITA con la que nació y, aparentemente, en nada influyó la actuación de la Entidad Promotora de Salud "Servicio Occidental de Salud" -SOS EPS-. Ello, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad civil y penal que los padres de la menor Laura Sofía quieran adelantar para esclarecer los hechos de la muerte de su pequeña hija.

7.- De igual forma, como quedó reseñado en líneas anteriores, la Entidad Promotora de Salud "Servicio Occidental de Salud" -SOS EPS-, en principio, suministró todos los servicios médicos requeridos para tratar la ICTIOSIS CONGÉNITA que padecía la menor Laura Sofía Ossa Jaramillo. De esta forma, prima facie, se observa que actuó diligentemente y que no desconoció el derecho a la vida de esa persona y de suyo la oportunidad de paliar los dolores y padecimientos que las fisuras, malformaciones, dificultad respiratoria e hipotermia le producían.

8.- Por consiguiente, la Sala Octava de Decisión declarará la ocurrencia del fenómeno jurídico de la carencia actual de objeto por configurarse un hecho superado frente a la solicitud de amparo de los derechos fundamentales a la salud y vida de la menor Laura Sofía Ossa Jaramillo (q.e.p.d) y, en ese sentido confirmará la decisión tomada por el Juzgado Segundo (2) Penal Municipal de Tulúa -Valle, el día quince (15) de mayo de dos mil nueve (2009), dentro de la acción de tutela impetrada por el señor Carlos Alberto Ossa Cifuentes, en representación de su menor hija Laura Sofía Ossa Jaramillo, en contra de la Entidad Promotora de Salud "Servicio Occidental de Salud" -SOS EPS-.

### III. DECISIÓN.

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: DECLARAR la carencia actual de objeto por configurarse un hecho superado, en los términos explicados en la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo: CONFIRMAR el fallo proferido, en instancia única por el Juzgado Segundo (2) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tulúa - Valle, el día quince (15) de mayo de dos mil nueve (2009), dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Carlos Alberto Ossa Cifuentes, en representación de su menor hija Laura Sofía Ossa Jaramillo (q.e.p.d) pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

Ausente en comisión

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

- 1 Cuaderno 1, folio 1.
- 2 Cuaderno 1, folio 1
- 3 Cuaderno 1, folio 2.
- 4 Cuaderno 1, folio 2.
- 5 Cuaderno 1, folio 2.
- 6 Cuaderno 1, folio 2.
- 7 Cuaderno 1, folio 4.
- 8 Cuaderno 1, folio 5.
- 9 Cuaderno 1, folio 6.
- 10 Cuaderno 1, folio 10.
- 11 Cuaderno 1, folio 12.
- 12 Cuaderno 1, folios 15 a 36.

13 En efecto, en sentencia T-576 de 2008, la Sala Octava de Revisión, se enfrentó al caso de la muerte de un menor que por causa de la negligencia manifiesta de los diferentes galenos que lo trataron al no prestar atención a la sintomatología que éste padecía, aunado la desidia con que lo manejaron, tras un periodo de sufrimiento inicuo tanto para él como para la madre, finalizó con el desafortunado deceso de éste; hecho que, hubiese podido ser evitado si los especialistas que conocieron del caso hubieran actuado diligentemente conforme las reglas de la medicina y la ética profesional.

Pues bien, en el caso objeto de revisión en la sentencia T-576 de 2008, la Corte tras realizar un análisis concienzudo del material probatorio obrante en el proceso, si bien declaró la carencia actual de objeto, encontró que la ocurrencia del mismo se había generado por la presencia de un daño consumado y, en ese sentido, estudió de fondo el asunto y condenó a la Entidad Promotora de Salud demandada, no obstante la ausencia de objeto

jurídico sobre el cual decidir, sin perjuicio del juicio de responsabilidad civil y penal que se pudiese adelantar en contra de la entidad demandada y los expertos en medicina bajo cuya atención estuvo el menor. Corte Constitucional. Sentencia T-576 de 2008.

14 Tal como lo señala el padre de la menor en el escrito de tutela, a nivel mundial sólo se han presentado cinco (5) casos de esta enfermedad, dos (2) de los cuales han sido en Colombia.

15 La ICTIOSIS CONGÉNITA o SÍNDROME DE FETO ARLEQUÍN, es una patología “de la piel extremadamente rara del grupo de las llamadas genodermatosis (grupo de dermatosis hereditarias con trastornos metabólicos). Es la forma de ictiosis congénita más grave, se hace evidente ya desde el nacimiento y debe su nombre al aspecto que tienen los recién nacidos con la enfermedad, que recuerda a un disfraz de arlequín. La ictiosis tipo Arlequín es una enfermedad genética rara de la piel caracterizada por escamas grandes y gruesas que aparecen en toda la piel, como a su vez se nace con los párpados volteados por lo que en lugar de ojos se observan los párpados totalmente rojos. Se asocia generalmente deformidades faciales características y a menudo anomalías en otras partes del cuerpo, especialmente en el tórax.

Se debe a una alteración de la queratinización cuyo mecanismo fisiopatológico se desconoce, pero se piensa que existe una disgenesia de la capa lamelar, probablemente debida a anomalías de los lípidos cutáneos, que da lugar a una hiperqueratosis folicular masiva.

Aparecen fisuras profundas e irregulares que cubren la superficie corporal, ectropión (inversión hacia fuera de los párpados) y eclabium (inversión hacia fuera de los labios) debidos a la tracción mecánica que ejerce la piel engrosada sobre la conjuntiva y la mucosa oral, hipoplasia (desarrollo incompleto o defectuoso) de orejas nariz y dedos y los recién nacidos adoptan una postura semiflexionada.

Las complicaciones clínicas más importantes se producen a causa del fallo de la función de barrera que la piel tiene en condiciones normales e incluyen sepsis (infección o contaminación generalizada) y deshidratación que conducen a hipernatremia (aumento anormal de sodio en sangre) y malnutrición.

Los niños nacen con constricción marcada de tórax y abdomen con las correspondientes dificultades respiratorias y de alimentación". (negrilla fuera de texto)

16 Corte Constitucional. Sentencia T-675 de 2007.

17 Corte Constitucional. Sentencia T-515 de 2007.

18 Ibid.

19 En el mismo sentido se encuentran las sentencias T-512 de 2002 y T-029, T-048, T-093, T-095 y T-746, de 2005.

20 Denominada por el derecho francés como *perte d'une chance* y concebida originalmente, según una fórmula reiterada un sinnúmero de veces por la Corte de Casación francesa, como una pérdida que presenta un carácter directo y cierto, siempre que se compruebe la desaparición de un elemento favorable, aun si por definición, la realización de una oportunidad jamás es cierta. Según PHILIPPE BRUN tal definición no significa más que lo siguiente: "que la alta jurisdicción solo evoca aquí la probabilidad de un acontecimiento favorable y no la de un daño; a justo título sin duda, en la medida en que la pérdida de una oportunidad no debe ser confundida con la creación de un riesgo, lo cual sólo puede engendrar un perjuicio eventual y por consiguiente no reparable.

En completa lógica, no es sensato incluir en la definición las "oportunidades perdidas" de evitar un daño; la jurisprudencia lo admite no obstante, especialmente en materia de responsabilidad médica". *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Litec, 2005, p.114.

21 Tomado de la doctrina francesa "*perte d'une chance*". En sentencia de la Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.755. Actora Elizabeth Bandera Pinzón. Demandado: I.S.S. dictada el día 26 de abril de 1999 se dijo: "Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado

como una 'pérdida de una oportunidad'. Al respecto dice Ricardo de Angel Yaguez:

'Es particularmente interesante el caso sobre el que tanto ha trabajado la doctrina francesa, esto es, el denominado la perte d'une chance, que se podría traducir como 'pérdida de una oportunidad'.

'CHABAS ha hecho una reciente recapitulación del estado de la cuestión en este punto, poniendo, junto a ejemplos extraídos de la responsabilidad médica (donde esta figura encuentra su más frecuente manifestación), otros como los siguientes: un abogado, por negligencia no comparece en un recurso y pierde para su cliente las oportunidades que éste tenía de ganar el juicio; un automovilista, al causar lesiones por su culpa a una joven, le hace perder la ocasión que ésta tenía de participar en unas pruebas para la selección de azafatas.

'Este autor señala que en estos casos los rasgos comunes del problema son los siguientes: 1. Una culpa del agente. 2. Una ocasión perdida (ganar el juicio, obtención del puesto de azafata), que podía ser el perjuicio. 3. Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa, porque por definición la ocasión era aleatoria. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se sabrá nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también. Por tanto, la culpa del agente no es una condición sine qua non de la frustración del resultado esperado.

'En el terreno de la Medicina el autor cita el caso de una sentencia francesa. Una mujer sufría hemorragia de matriz. El médico consultado no diagnostica un cáncer, a pesar de datos clínicos bastante claros. Cuando la paciente, por fin, consulta a un especialista, es demasiado tarde; el cáncer de útero ha llegado a su estado final y la enferma muere. No se puede decir que el primer médico haya matado a la enferma. Podría, incluso tratada a tiempo, haber muerto igualmente. Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se puede decir que la culpa del médico haya sido una condición sine qua non de la muerte. Pero si se observa que la paciente ha perdido ocasiones de sobrevivir, la culpa médica ha hecho perder esas ocasiones. El mismo razonamiento se puede aplicar a un individuo

herido, al que una buena terapia habría impedido quedar inválido. El médico no aplica o aplica mal aquella terapéutica, por lo que la invalidez no puede evitarse. El médico no ha hecho que el paciente se invalide, sólo le ha hecho perder ocasiones de no serlo'. (RICARDO DE ANGEL YAGUEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, págs. 83-84).

En conclusión la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir” [Énfasis del texto]. Reiterada en la Sentencia 12548 del quince (15) de junio de dos mil (2000). Consejera Ponente MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ.

22 Exp. 11.878, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

23 Cuaderno 1, folio 35.

24 Cuaderno 1, folio 36.