

Sentencia T-037/07

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-No podían exigirle a su hermano suscribir una letra de cambio

CUOTA DE RECUPERACION DE PARTICIPANTE VINCULADO

LEGITIMACION POR ACTIVA DE HERMANO MENOR DE EDAD

Debe la Sala aclarar que no encuentra reparo alguno a que en el presente caso la acción haya sido incoada por el entonces menor, hermano mayor del enfermo, de nueve años, huérfanos de padre y madre, según se acreditó sumariamente. Considera la Sala que resulta válido que el mayor, entonces de 17 años, quien lo ha acompañado y fungido como su acudiente desde que fue remitido del Hospital y durante la hospitalización y posteriormente, sea quien ejerza en este caso la acción constitucional, situación que valida un caso especial de la permitida agencia oficiosa (segundo inciso del artículo 10° del Decreto 2591 de 1991), enteramente congruente además con la jurisprudencia de esta Corte en relación con el tema.

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Caso de niño con cáncer huérfano de padre y madre y con cinco hermanos menores de edad

COBRO DE COPAGOS Y CUOTAS DE RECUPERACION-Inaplicación de artículo 18 del Decreto 2357/95

En razón al carácter injustificado que, según lo expuesto, tiene ese trato discriminatorio, en la sentencia que viene de transcribirse y en atención a la probada incapacidad de pago del actor, así como a la gravedad de la enfermedad que lo aquejaba, la Corte dispuso inaplicar la regla del artículo 18 del Decreto 2357 de 1995, en lo que se refiere al pago de cuotas de recuperación por parte de personas vinculadas al sistema. Esta solución fue acogida también, entre otras, en los fallos T-714, T-829, T-1213 y T-1246, todas de 2004, y T-111, T-287, T-548, T-695 y T-837, estas últimas de 2005. Con todo, la jurisprudencia ha advertido que la aplicación de tal regla no es automática, es decir que no se extiende per se a todas las personas que tengan la calidad de vinculadas al sistema de seguridad social en salud, sino a quienes llenen unas determinadas condiciones, reglas o exigencias. Teniendo en cuenta la

sólida jurisprudencia sobre las cuotas de recuperación, brevemente reseñada en esta providencia, considera la Sala que se reunían de manera suficiente las condiciones necesarias para inaplicar la regla prevista en el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995, de tal modo que el menor fuera exonerado del pago de la referida cuota de recuperación, debiendo la entidad territorial accionada asumir en este caso la totalidad del costo relacionado con la atención por él requerida para la recuperación y conservación de su salud.

INCAPACIDAD ECONOMICA DE MENOR DE EDAD PARA PAGO DE CUOTA DE RECUPERACION

En lo que atañe específicamente a la falta de capacidad económica, considera la Sala que está suficientemente establecida mediante la declaración del propio demandante sobre las circunstancias particulares de su familia, testimonio que para la Corte resulta claro, coherente y digno de credibilidad, siendo además corroborado por la señora responsable del albergue que facilitó a los huérfanos su estadía en Bogotá. También la ratifica la información suministrada por el propio Instituto Nacional de Cancerología, que lejos de discutir tales circunstancias, contribuye a reforzar la convicción del juez constitucional al respecto. Bajo tales circunstancias y en aplicación de la jurisprudencia consolidada en torno a este requisito, la Sala lo encuentra debidamente acreditado. No debió en este caso exigirse cancelar ni, por igual razón, garantizar mediante la suscripción de título valor, como se impuso al mayor de los hermanos, la cuota de recuperación a que se refiere la norma arriba citada. Al supeditar la salida del menor a la suscripción de tal promesa de pago, se menoscabó su derecho a la recuperación de la salud, en conexidad con la vida, afectación que se prolonga por todo el tiempo en que subsista la situación planteada, esto es, la existencia de uno o más títulos valores en poder del Instituto Nacional de Cancerología y a cargo del joven, otorgados con el propósito de garantizar el pago de la cuota de recuperación, que en consecuencia podrían servir para iniciar un proceso ejecutivo de cobro de una suma que no podían cargarle.

TITULO VALOR EXIGIDO POR EL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA-Devolución a menor de edad que tuvo que firmarlo para que su hermano saliera de la institución

Referencia: expediente T-1428349

Acción de tutela instaurada por Manuel Andrey Bohórquez Mora contra la Gobernación de Boyacá y el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., primero (1º) de febrero de dos mil siete (2007).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias legales y constitucionales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo adoptado por el Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá, en el trámite de la acción de tutela promovida por Manuel Andrey Bohórquez Mora contra la Gobernación de Boyacá y el Instituto Nacional de Cancerología - Empresa Social del Estado.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hiciera el Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N° 9 de la Corte Constitucional, escogió el día 29 de septiembre de 2006, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

El accionante interpuso acción de tutela contra la Gobernación de Boyacá en representación de su hermano Duverth Yesith Bohórquez Mora, de diez años de edad, quien como él es huérfano de padre y madre, solicitando el amparo del derecho a la salud y de los derechos de los niños, por los hechos que se resumen a continuación:

A. Hechos y narración efectuada por el accionante.

1. Informa el actor que él es el hijo mayor (nacido el 19 de diciembre de 1988) de una familia de seis hermanos, cuyos padres fueron asesinados hace varios años en el departamento de Casanare, después de lo cual debieron huir de la región. Durante los meses a que se refieren los hechos de esta demanda los menores han residido en Moniquirá, Boyacá, donde se encuentran al cuidado de un tío y su familia.

2. Relata que en junio de 2006, su hermano Duverth Yesith, de nueve años de edad,

enfermó gravemente, por lo cual fue llevado al Hospital de Moniquirá, desde donde debió ser remitido al Instituto Nacional de Cancerología en Bogotá, donde le fue prestada la atención médica requerida, incluyendo una cirugía para la extirpación de un riñón afectado por un tumor canceroso.

3. El menor Bohórquez Mora permaneció hospitalizado en el Instituto Nacional de Cancerología por espacio de un mes (desde el 7 de junio hasta el 7 de julio de 2006).

4. Los hermanos Bohórquez Mora carecen de bienes de fortuna e incluso los familiares con quienes residen están en incapacidad de atender la totalidad de sus gastos, en particular los relacionados con el tratamiento y los servicios que ha requerido la enfermedad que le fue diagnosticada al niño Duverth Yesith.

5. Con ocasión del egreso de su hermano del Instituto Nacional de Cancerología, dicha institución exigió que un adulto responsable del menor suscribiera una letra de cambio para garantizar la parte de los servicios que no sería cubierta por la Gobernación de Boyacá, esto es la suma de \$ 408.000. No habiendo otra alternativa, el menor Manuel Andrey suscribió la letra de cambio exigida, después de lo cual la entidad hospitalaria permitió la salida del paciente.

6. Desde la fecha en que su hermano salió del hospital ambos han permanecido en Bogotá, debido a que el niño ha requerido exámenes y controles posteriores a la cirugía, los cuales han sido prestados por el mismo Instituto Nacional de Cancerología. Ante la falta de recursos propios para proveerse el alojamiento y la alimentación requerida por los dos hermanos, ellos han permanecido en un albergue denominado Grupo Alegría (del cual suministra dirección y teléfono), en donde les han suplido estas necesidades en forma gratuita.

7. El accionante entiende y considera que en razón a la importancia que tiene el derecho a la salud así como los derechos de los niños, debe exonerárseles del pago para cuya garantía suscribió la letra de cambio, diferencia que debe ser cubierta por la Gobernación de Boyacá, entidad accionada dentro de la presente acción de tutela.

B. Actuación procesal.

La acción de tutela fue admitida por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá mediante auto

de agosto 8 de 2006, providencia en que se dio traslado de la demanda a la entidad accionada. Posteriormente, y antes de adoptar la decisión de instancia, el despacho ordenó citar al demandante para ampliar la información relativa a los hechos.

La entidad demandada respondió extemporáneamente, por lo cual dicha respuesta no alcanzó a ser tenida en cuenta al proferirse el fallo de instancia.

C. Pruebas recaudadas por el despacho de primera instancia.

A folios 12 y 13 se encuentra la declaración adicional rendida el 17 de agosto de 2006 por Manuel Andrey Bohórquez Mora, donde aclara los hechos de la demanda y el sentido de la protección pedida. En este sentido, aclaró que lo único que solicita es la devolución de la letra que firmó, por cuanto no tiene recursos con qué cancelarla y se encuentra desempleado. También recalcó que en ningún momento ni el Hospital de Moniquirá, ni el Instituto Nacional de Cancerología, ni ninguna otra institución se ha negado a prestar los servicios de salud requeridos por su hermano por el hecho de no haber podido cancelar el valor garantizado con la letra de cambio. Finalmente informó que él y sus hermanos se encuentran inscritos en el programa Familias en Acción del Gobierno Nacional, gracias al cual mensualmente reciben de la Gobernación de Boyacá aproximadamente \$ 28.000 para ayuda con el estudio.

A folios 14 y 15 se encuentra declaración de la señora Gladys Celis Calderón, fundadora y responsable del albergue denominado Grupo Alegría, en donde se hospedan en Bogotá el accionante y su menor hermano convaleciente. La testigo corroboró la narración del actor en cuanto a la enfermedad que padece su hermano, las circunstancias de su hospitalización en el Instituto Nacional de Cancerología, su falta de recursos económicos y el hecho de estar brindándoles posada y alimentación mientras permanecen en Bogotá. También ratificó que el único propósito de esta acción de tutela es lograr la devolución del título valor firmado a favor del Instituto Nacional de Cancerología, ya que él no tiene medios económicos para cancelarlo. Dijo así mismo que no tiene conocimiento de que el Instituto de Cancerología haya iniciado un proceso ejecutivo en contra del aquí accionante con base en la letra de cambio que suscribió. Finalmente informó que los menores están adscritos al SISBEN por cuenta del departamento de Boyacá, pero no especificó en qué nivel se encuentran clasificados.

D. Sentencia de instancia

Mediante sentencia de agosto 17 de 2006, el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá resolvió negar la acción de tutela presentada por el menor Manuel Andrey Bohórquez Mora.

Para adoptar esta decisión, el despacho único de instancia tuvo en cuenta el hecho probado de que la actuación de la entidad demandada, y aun del Instituto Nacional de Cancerología, no ha vulnerado ni puesto en riesgo el derecho a la salud del menor Duverth Yesith, ya que en ningún momento se le ha negado el tratamiento requerido debido a su insolvencia económica.

Así las cosas, consideró el despacho a quo, que el principal tema de fondo que en este caso se debate a través de la acción de tutela es un conflicto de carácter patrimonial, situación que no está llamada a ser definida mediante esta acción constitucional, sino a través de las acciones ordinarias a que hubiere lugar. Por esta razón, decidió negar la tutela solicitada por Manuel Andrey Bohórquez Mora, determinación que no fue impugnada.

E. La respuesta de la entidad accionada

Como se indicó más atrás, la Gobernación de Boyacá respondió a la demanda de tutela, por conducto del Secretario de Educación, respuesta que no alcanzó a conocer oportunamente el juez de primera instancia (fue recibida en dicho despacho el 22 de agosto de 2006).

La entidad demandada puso de presente que no desconoce, sino asume, sus responsabilidades en casos como el planteado, desde que se trate de personas residentes en el territorio bajo su responsabilidad, sin embargo, manifiesta no conocer en absoluto acerca de este caso. También advierte que es obligación de las entidades prestadoras de salud exigir en estos casos la cancelación del copago previsto en las normas, específicamente en el Decreto 2357 de 1995.

La entidad demandada no se pronuncia - ni acepta ni se opone de manera directa - a la pretensión del accionante en el sentido de que ella asuma la diferencia del 5 % del valor de los servicios recibidos, que de conformidad con lo establecido en la norma citada le corresponde asumir al paciente.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para decidir este asunto en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, y 31 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de discusión.

Se plantea que la exigencia del Instituto Nacional de Cancerología de suscribir una letra de cambio como condición para permitir la salida de un paciente menor de edad de esa institución, una vez dado de alta, vulnera el derecho a la salud de Duverth Yesith, así como los derechos de los niños.

Teniendo claro que, tal como lo subraya el juzgado de instancia, el menor no ha sido privado de ningún servicio o tratamiento ordenado por su médico como consecuencia de la ya indicada insolvencia, la Corte debe establecer entonces si para el caso concreto era exigible el copago, y si en caso de serlo, la exigencia de garantizar su cancelación en la forma referida, vulnera u obstruye el ejercicio del derecho a la salud así como los derechos de los niños, de modo que se requiera la intervención del juez constitucional para asegurar la protección de tales derechos.

Para esto la Corte deberá previamente hacer un breve recuento de la ya consolidada jurisprudencia existente en torno a los alcances del derecho a la salud. Posteriormente, y a partir de esto, analizará de manera precisa el tema de los copagos y/o cuotas de recuperación y hará una breve referencia a los derechos fundamentales de los niños. Con estos elementos abordará las circunstancias del caso concreto y adoptará la decisión que corresponda.

Tercera. Vinculación del Instituto Nacional de Cancerología.

Previamente al análisis de los temas a que se ha hecho referencia, dada la exigencia de garantía que se viene comentando y, con ella, la eventual violación de derechos fundamentales de un niño, al igual que de su hermano, obligado a suscribir una letra de cambio, que son hechos que se atribuyen al Instituto Nacional de Cancerología, entidad que no fue demandada, la Corte dispuso su vinculación a esta acción mediante auto de fecha 12

de diciembre de 2006. Dicha entidad respondió la demanda, mediante escrito de fecha 18 de diciembre de 2006.

El representante legal de dicha entidad informa que, en efecto, el menor Duverth Yesith Bohórquez fue atendido allí, donde permaneció hospitalizado por espacio de 30 días, período durante el cual le fue realizado el procedimiento denominado ureteronefrectomía radical derecha, muestreo ganglionar retroperitoneal y drenaje de abscesos intraabdominales. A este respecto, adjunta copia de la historia clínica de Duverth Yesith.

Adicionalmente, suministra información de gran importancia en relación con los elementos fácticos de esta acción, destacándose especialmente que el menor Duverth Yesith Bohórquez fue remitido por la Gobernación de Boyacá, clasificado en el nivel 1 del SISBEN como participante vinculado. En consecuencia, la cuota de recuperación aplicable al caso es del 5% del valor de los servicios prestados en cada evento, sin exceder de un salario mínimo mensual, de allí la cifra de \$ 408.000 por la cual se suscribió el título valor.

A partir de lo anterior, resalta que en ningún momento se ha negado a prestar los servicios requeridos por el menor Bohórquez Mora y que en aplicación de las normas que rigen la materia (Decreto 2357 de 1995, Acuerdo 08 de 1994 y Resolución 5261 de 1994), no puede dejar de recaudar la cuota de recuperación que corresponde pagar al participante vinculado, concepto que fue el que se garantizó mediante la suscripción de una letra de cambio por parte de Manuel Andrey Bohórquez Mora.

Cuarta. Personería del accionante.

Antes de proseguir, debe la Sala aclarar que no encuentra reparo alguno a que en el presente caso la acción haya sido incoada por el entonces menor Manuel Andrey Bohórquez Mora, hermano mayor del enfermo Duverth Yesith, de nueve años, huérfanos de padre y madre, según se acreditó sumariamente. Considera la Sala que resulta válido que el mayor, entonces de 17 años, quien lo ha acompañado y fungido como su acudiente desde que fue remitido del Hospital de Moniquirá y durante la hospitalización y posteriormente, sea quien ejerza en este caso la acción constitucional, situación que valida un caso especial de la permitida agencia oficiosa (segundo inciso del artículo 10° del Decreto 2591 de 1991), enteramente congruente además con la jurisprudencia de esta Corte en relación con el tema¹.

A estas circunstancias se suma el hecho de haber sido el mismo Manuel Andrey quien debió suscribir la garantía solicitada por el Instituto Nacional de Cancerología, circunstancia que además lo afecta de manera directa.

Quinta. El alcance del derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia.

El derecho a la salud fue objeto de especial consideración para el constituyente de 1991, referido de manera expresa en el artículo 49 de la Carta, que dispone su atención como un servicio público a cargo del Estado, garantizando a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Señala también este artículo que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Por último, la mencionada norma constitucional asigna a la ley la labor de señalar los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

La atención en salud hace además parte del concepto de seguridad social integral, al cual también se refirió la Constitución Política en su artículo 48, como un servicio público de carácter obligatorio que se presta con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

A partir de estas bases constitucionales, el legislador ha desarrollado los alcances del derecho a la salud, especialmente a través de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 157 del citado estatuto, existen dos tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud: Los afiliados (quienes dependiendo de su capacidad de pago pueden serlo mediante el régimen contributivo o el subsidiado) y los vinculados.

Según lo plantea la misma norma, los participantes vinculados al sistema “son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado”. Los vinculados tienen en común con los afiliados al régimen subsidiado el hecho de carecer de capacidad de pago; sin embargo, los últimos han sido afiliados a una entidad administradora específica,

que gestiona los servicios por ellos requeridos con cargo a los recursos del régimen subsidiado; mientras los simplemente vinculados, que aún deben surtir el trámite de afiliación a una ARS, tienen derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto.

Por su parte, la Corte Constitucional ha elaborado desde sus comienzos y a través de numerosas sentencias², una sólida jurisprudencia en torno a los alcances de este derecho, la cual aplica y desarrolla los conceptos trazados por la preceptiva a que se ha hecho referencia. La doctrina sobre el derecho a la salud ha sido además enriquecida a través del tiempo con la formulación de reglas y sub-reglas jurisprudenciales, definidas por esta Corte para facilitar a los jueces constitucionales la solución más precisa de casos concretos de frecuente ocurrencia.

Uno de los principios esenciales de esta doctrina sobre el derecho a la salud es que, si bien en principio es prestacional, puede adquirir connotación de fundamental al concurrir circunstancias especiales, una de las cuales es tratarse de la salud de un menor de edad, o en el otro extremo, de una persona de la tercera edad, en razón a la especial protección contenida y garantizada por los artículos 44 y 46 constitucionales³. Otra es la cercana vinculación entre la salud y el riesgo contra la vida, caso en que aquélla puede entonces ser amparada mediante la acción de tutela, por su conexidad con la supervivencia.

Sexta. El cobro de copagos y cuotas de recuperación.

Siendo la eficiencia, continuidad y sostenibilidad del sistema principios básicos, se estableció como regla general (art. 187 L. 100 de 1993), la obligación de que los usuarios concurren a financiar los servicios de que se benefician, mediante la cancelación de pagos moderadores, es decir, pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles (copagos). Esta regla es aplicable aún dentro del régimen subsidiado y para las personas vinculadas, aun cuando en estos casos la financiación es parcial, ya que la mayor parte del costo de los servicios es atendido con recursos fiscales o de solidaridad.

El tema de las tarifas aplicables a estos casos ha sido desarrollado en el Capítulo 4° del Decreto 2357 de 1995, cuyo artículo 18 prevé la obligación de contribuir mediante el pago de cuotas de recuperación, en proporción que, para el caso de los vinculados, depende del grado en que hayan quedado clasificados en la encuesta del SISBEN, que considera tres

distintos niveles. Estas mismas reglas son reiteradas en el Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y su consecuencia natural es la posibilidad de que las instituciones prestadoras de servicios de salud a las que estas cuotas deban ser canceladas, tomen medidas encaminadas a asegurar el pago de tales conceptos. Dentro del desarrollo jurisprudencial a que se ha hecho referencia, la Corte ha entendido la necesidad y justificación de estas reglas, y en general, las ha encontrado ajustadas a la Constitución⁴.

Sin embargo, el mismo legislador advirtió (inciso 2° art. 187, L. 100 de 1993) que los pagos moderadores nunca podrán impedir el acceso de los más pobres, principio que ha sido realzado de manera reiterada por la jurisprudencia, que lo aplica uniformemente y con frecuencia señala que existen situaciones particulares en las que, para la real y efectiva protección del derecho a la salud, resulta imperativo prescindir del cobro de tales emolumentos. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional:

“No se discute que el sistema de seguridad social en salud debe dotarse de una racionalidad económica que lo haga viable. A ello obedecen los copagos y las cuotas moderadoras que están a cargo de los afiliados tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado. Tales copagos y cuotas impuestos por la ley y avalados por esta Corporación, son legítimos.

No obstante, existen situaciones excepcionales en las que el compromiso de los derechos fundamentales del afiliado al sistema de seguridad social en salud impone prescindir de tales copagos y cuotas para no vulnerar tales derechos. De allí que la misma ley, por ejemplo, haya considerado que en ninguna circunstancia los pagos moderadores puedan convertirse en barreras de acceso que impidan la prestación del servicio de seguridad social en salud a los más pobres.” (Sentencia T-411 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño).

En la misma providencia se lee más adelante, con respecto a las reglas aplicables a los participantes vinculados:

“Para los afiliados existe fundamento para los pagos moderadores, éstos han sido consagrados legalmente y desarrollados administrativamente y existe también una exclusión de enfermedades catastróficas entre las que se encuentra el sida. Para los vinculados, en cambio, existe fundamento legal y desarrollo administrativo pero no una exclusión de enfermedades catastróficas. Surge, entonces, un tratamiento diferenciado entre los dos regímenes.

En razón al carácter injustificado que, según lo expuesto, tiene ese trato discriminatorio, en la sentencia que viene de transcribirse y en atención a la probada incapacidad de pago del actor, así como a la gravedad de la enfermedad que lo aquejaba, la Corte dispuso inaplicar la regla del artículo 18 del Decreto 2357 de 1995, en lo que se refiere al pago de cuotas de recuperación por parte de personas vinculadas al sistema. Esta solución fue acogida también, entre otras, en los fallos T-714, T-829, T-1213 y T-1246, todas de 2004, y T-111, T-287, T-548, T-695 y T-837, estas últimas de 2005.

Con todo, la jurisprudencia ha advertido que la aplicación de tal regla no es automática, es decir que no se extiende per se a todas las personas que tengan la calidad de vinculadas al sistema de seguridad social en salud, sino a quienes llenen unas determinadas condiciones, reglas o exigencias, así:

“(i) la falta del servicio médico o del medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese servicio médico o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el P.O.S.; (iii) el interesado no puede directamente costear el servicio médico o el medicamento, ni puede acceder a éstos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a éstos le cobre, con autorización legal, la EPS. y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS o ARS de quien se está solicitando el tratamiento.”⁵

Siendo entonces necesario inaplicar, en ocasiones, la regla sobre el pago de cuotas de recuperación por parte de los participantes vinculados, la Sala destaca que en estos casos sería así mismo inadecuado que la institución prestadora de servicios de salud exija la suscripción de documentos o la constitución de garantías que tengan por objeto asegurar el pago de tales conceptos. Ello es, simplemente, consecuencia de la máxima según la cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal: si en una situación específica debe el prestador de los servicios abstenerse de exigir el pago de cuotas de recuperación, mal puede exigir garantía que asegure su cancelación.

De otra parte, la Sala llama la atención sobre el hecho de la reciente expedición de la Ley 1122 de 2007, “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, uno de cuyos principales objetivos

fue ampliar la cobertura de servicios para la población más pobre y sin capacidad de pago; su artículo 14, literal g) establece que “No habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo remplace”. Paralelamente, la misma norma estableció varias importantes medidas encaminadas a asegurar el suficiente y oportuno financiamiento de los servicios del régimen subsidiado, de forma que resulte posible la esperada ampliación de cobertura.

A este respecto, si bien es claro que esta norma legal no había aún entrado en vigencia al momento de los hechos que dieron lugar a la presente acción y, por tanto, no puede ser directamente extendida para su definición, es importante destacar que esta preceptiva, ahora convertida en derecho positivo, es enteramente congruente con la ya explicada línea trazada por la jurisprudencia de la Corte, en torno al tratamiento que debe darse al tema de los pagos moderadores a cargo de personas de tan escasa capacidad de pago como son las clasificadas en el nivel 1 del SISBEN.

Séptima. Los derechos fundamentales de los niños. Reiteración de jurisprudencia

Dentro del marco del Estado social de derecho, y a partir de lo planteado en el artículo 44 superior, la Corte ha desarrollado una abundante jurisprudencia en torno a los alcances de los derechos fundamentales de los niños⁶. En ella se destaca, en primer lugar, el ya advertido carácter de fundamental que tiene el derecho a la salud, en tratándose de menores de edad.

La norma constitucional en comento compromete en su inciso segundo a la familia, la sociedad y el Estado, para que cada uno asuma sus obligaciones a este respecto y, de manera proactiva, desarrollen acciones encaminadas a proteger a los niños, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Dentro de este contexto tiene gran importancia la presencia de la familia, el derecho a ser cuidado y amado, y, vista la esencial vulnerabilidad de los menores, la protección contra toda forma de abuso, explotación o discriminación por parte de terceros. Agrega también la norma que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

La Sala vuelve sobre este tema en el punto siguiente, teniendo en cuenta que, además de lo que atañe a Duverth Yesith, también su hermano Manuel Andrey Bohórquez era menor de edad al tiempo de ocurrir los hechos que dan lugar a la presente acción.

Octava. El caso concreto.

Según se ha explicado, el menor Duverth Yesith Bohórquez Mora fue atendido, inicialmente en el Hospital de Moniquirá (Boyacá) y posteriormente en el Instituto Nacional de Cancerología de Bogotá, donde se le realizó el procedimiento denominado ureteronefrectomía radical derecha, muestreo ganglionar retroperitoneal y drenaje de abscesos intraabdominales.

A este respecto, la Corte no controvierte lo planteado por el juez de instancia y por el representante del Instituto Nacional de Cancerología en el sentido de reconocer que se ha brindado a Duverth Yesith los servicios y cuidados que su estado de salud ha requerido, por lo que a este respecto, no se configura vulneración alguna del derecho a la salud, como tampoco de los derechos de los niños.

Sin embargo, es del caso recordar que el hecho concreto que dio origen a la presente acción de tutela fue la circunstancia de que, previo al egreso del menor Bohórquez Mora de la institución hospitalaria, se exigió el pago de una cuota de recuperación, o en subsidio, la suscripción de un título valor (letra de cambio) que garantizara el pago de esa suma. De allí que, de acuerdo con lo planteado en la demanda, el principal tema que debe la Corte estudiar ahora es si tal exigencia conculcó o puso en peligro el derecho a la salud de Duverth Yesith, así como los derechos fundamentales de los niños.

En relación con este aspecto y teniendo en cuenta la sólida jurisprudencia sobre las cuotas de recuperación, brevemente reseñada en esta providencia, considera la Sala que se reunían de manera suficiente las condiciones necesarias para inaplicar la regla prevista en el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995, de tal modo que el menor Duverth Yesith Bohórquez Mora fuera exonerado del pago de la referida cuota de recuperación, debiendo la entidad territorial accionada asumir en este caso la totalidad del costo relacionado con la atención por él requerida para la recuperación y conservación de su salud.

En efecto, se cumplen en este caso los presupuestos atrás referidos, a saber: (i) se trata de un participante vinculado que ni siquiera ha podido ser inscrito como afiliado dentro del régimen subsidiado; (ii) padecía una patología cancerígena que afectaba directamente la función renal, con lo que es válido sostener que la falta del servicio médico requerido amenazaba el derecho a la vida del menor Bohórquez Mora; (iii) según quedó acreditado

durante el desarrollo de esta acción, el interesado no estaba en condiciones de costear el servicio médico requerido, ni podía acceder a éste a través de otro plan de salud que lo beneficiara; (iv) el servicio médico suministrado fue prescrito por la propia institución prestataria del servicio.

En lo que atañe específicamente a la falta de capacidad económica, considera la Sala que está suficientemente establecida mediante la declaración del propio demandante sobre las circunstancias particulares de su familia, testimonio que para la Corte resulta claro, coherente y digno de credibilidad, siendo además corroborado por la señora Gladys Celis Calderón, responsable del albergue que facilitó a los huérfanos Bohórquez Mora su estadía en Bogotá. También la ratifica la información suministrada por el propio Instituto Nacional de Cancerología, que lejos de discutir tales circunstancias, contribuye a reforzar la convicción del juez constitucional al respecto. Bajo tales circunstancias y en aplicación de la jurisprudencia consolidada en torno a este requisito, la Sala lo encuentra debidamente acreditado.

En consecuencia, no debió en este caso exigirse cancelar ni, por igual razón, garantizar mediante la suscripción de título valor, como se impuso al mayor de los hermanos Bohórquez Mora, la cuota de recuperación a que se refiere la norma arriba citada. Al supeditar la salida del menor a la suscripción de tal promesa de pago, se menoscabó su derecho a la recuperación de la salud, en conexidad con la vida, afectación que se prolonga por todo el tiempo en que subsista la situación planteada, esto es, la existencia de uno o más títulos valores en poder del Instituto Nacional de Cancerología y a cargo del joven Manuel Andrey Bohórquez Mora, otorgados con el propósito de garantizar el pago de la cuota de recuperación, que en consecuencia podrían servir para iniciar un proceso ejecutivo de cobro de una suma que no podían cargarle.

Por lo demás, resulta evidente para la Sala que el principal motivo para que el hermano mayor (para la época de los hechos era también menor de edad) ejerciera la acción de tutela que ahora se decide, es el estado de angustia en que se encuentra al temer los efectos desconocidos, pero sin duda desfavorables, que para él y su hermano podrían derivarse del cobro de la suma, actualmente garantizada por la letra de cambio. Esta situación no resulta justificada ni admisible si se tiene en cuenta que, según lo explicado, el niño Duveth Yesith debió ser exonerado del pago de la cuota de recuperación prevista en la norma, pero

tampoco dentro de la perspectiva de los derechos del aquí accionante Manuel Andrey Bohórquez, quien según se ha explicado, se vio compelido a suscribir un título valor para respaldar el pago de esa ficticia obligación, y lograr la salida de su hermano del instituto en donde fue atendido.

Esta apreciación no se ve atenuada ni aun al considerar el hecho de que el titular del crédito no ha iniciado acción alguna para obtener el pago de dicha suma, que posiblemente nunca la inicie, y que en caso de hacerlo existen dudas sobre la prosperidad de dicho cobro. Ello por cuanto, en razón de su edad y de sus condiciones personales y familiares, estas consideraciones no son en manera alguna evidentes para el joven Bohórquez Mora, quien en consecuencia se encuentra en un grave estado de zozobra que bajo ninguna consideración tendría el deber jurídico de afrontar.

Establecido que, en razón a las circunstancias del caso concreto, el niño Duverth Yesith debió ser exonerado del pago de la referida cuota de recuperación, la Corte así lo reconoce y en consecuencia tutelaré los derechos de los niños. Ello por cuanto, siendo ambos hermanos menores de edad al tiempo de los hechos, y no pudiendo exigírseles la adquisición de obligaciones pecuniarias como garantía de una suma que no estaban obligados a cancelar, se afectaron y aun continúan afectándose los derechos de ambos niños. Por lo anterior, se ordenará la inmediata devolución de la letra de cambio a su suscriptor, Manuel Andrey Bohórquez Mora, disponiendo que la entidad territorial accionada (departamento de Boyacá) tome a su cargo el valor respectivo, pues también le corresponde.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá el 17 de agosto de 2006, mediante la cual DENEGÓ la tutela solicitada por Manuel Andrey Bohórquez Mora contra la Gobernación de Boyacá. En su lugar, TUTÉLANSE los derechos de los niños Bohórquez Mora, por las razones especificadas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. En consecuencia, ORDÉNASE al Instituto Nacional de Cancerología la inmediata devolución de cualquier título valor que se haya exigido a Manuel Andrey Bohórquez Mora para garantizar el pago de la cuota de recuperación correspondiente a la atención y los servicios médicos recibidos por el niño Duverth Yesith Bohórquez Mora, suma que también debe ser asumida por la Gobernación de Boyacá.

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

Cuarto. Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

Secretaria General

1 Para citar sólo lo proferido durante 2006, puede confrontarse el punto específico en las sentencias T-348, T-411, T-514 , T-542, T-573, T-799, T-836, T-845, T-849, T-852 y T-875, todas de dicho año. En lo que se refiere al caso, aun más especial, en que se busca agenciar derechos de los niños, pueden verse, también citando sólo las más recientes, las sentencias T-695, T-950, T-1199 y T-1275, todas de 2005.

2 Cfr. dentro de las proferidas en años más recientes las siguientes: T-714 de 2004, T-548 y T-747 de 2005, T-001, T-101, T-310, T-596 y T-794, las cinco últimas todas de 2006.

3 Sobre estos temas ver, entre otras, las sentencias SU-111 de 1997 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-322 de 1997 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), SU-480 de 1997 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), T-548 de 2005 (M. P. Jaime Araújo Rentería) y T-747 de 2005 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

4 Ver sentencia C-542 de 1998 (M. P. Hernando Herrera Vergara).

5 Ver al respecto las sentencias T-745 de 2004 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-695 de 2005 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

6 Sobre este tema ver especialmente la doctrina contenida en la sentencia T-1275 de 2005 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) en la que se hizo una extensa recopilación sobre el desarrollo normativo y jurisprudencial de los derechos de los niños, tanto en Colombia como en el ámbito internacional.