

Sentencia T-747/05

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental autónomo/DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-Prevalencia/SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Participantes

En el artículo 157 de la Ley 100/93, se crean dos tipos de participantes en el Sistema: (i) en calidad de afiliados que pagan un importe, bajo dos modalidades: a) régimen contributivo: cuando la incorporación al sistema se hace a través del pago de una cotización o un aporte económico previo, financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador, y b) régimen subsidiado, cuando el pago del importe para la incorporación al sistema, se efectúa a través de Unidad de Pago por Capitación, UPC, que es un monto subsidiado total o parcialmente con recursos fiscales o de solidaridad y cubre aquellas personas identificadas como la población más pobre y vulnerable del país y, (ii) transitoriamente mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado, las llamadas personas vinculadas al Sistema, que no tienen capacidad de pago, las que tendrán 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.

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Requisitos de afiliación

Quienes pertenecen al régimen subsidiado de salud, se someten previamente a un sistema de selección de beneficiarios para programas sociales, SISBEN, en donde de acuerdo con los criterios establecidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social CNSS, a través de una encuesta aplicada por las entidades territoriales, se analizan sus condiciones personales, según la capacidad económica medida en función de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda, para ser posteriormente clasificados dentro de uno de los seis niveles de afiliación; se clasifica en el primer nivel a la población más pobre. Pero, para ser afiliado al régimen subsidiado, se requiere no sólo estar identificado como beneficiario del subsidio, sino además haber sido seleccionado e inscrito en una entidad Administradora del Régimen Subsidiado, ARS, con el pago de la Unidad de Pago por Capitación. Solo así, se entenderá que el usuario tiene la calidad de afiliado, es decir, en el momento en que la respectiva entidad territorial suscribe el contrato con la ARS para atender al beneficiario. Por tanto, si no ha habido esta incorporación expresa a una

administradora de ese régimen, no obstante haber sido clasificada en el Sisben, la persona tiene el carácter de vinculada en el sistema y no de afiliada al mismo, variando por ende su régimen.

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Población vinculada debe pagar el copago/REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-En ningún caso los copagos pueden convertirse en barreras de acceso al servicio

A la población vinculada también le corresponde cancelar cuotas de recuperación por la prestación de servicios de salud y que su monto se establece atendiendo el nivel del SISBEN en el que haya sido clasificado el usuario. En esta norma, se establece que el usuario identificado en el nivel 3 del Sisben, debe pagar directamente a las instituciones Prestadoras de Servicios de Salud hasta un máximo del 30% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes por la atención de un mismo evento. Pero, debe tenerse en cuenta que para esta regulación, también rige la determinación de que en ningún caso estos copagos podrán convertirse en barreras de acceso al servicio.

JUEZ DE TUTELA-Deber y facultad de decretar pruebas para la protección de derechos fundamentales

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Falta de capacidad de pago de la madre determinada por los exámenes y tratamientos que se le tienen que practicar a la menor

Al confrontarlos con los cuadros transcritos, es ineludible deducir el riesgo inminente en que se encuentra la salud del menor, y la necesidad de practicarle no solo el examen prescrito, si no, auxiliarle con todos los exámenes, tratamientos y medicamentos necesarios para salvaguardar su integridad e incluso su vida, con el cubrimiento total de su monto por las entidades del sistema, si se establece la incapacidad de pago de la accionante.

Referencia: expediente T-1077679

Acción de tutela instaurada por Mariluz Duarte Duarte en representación de su hijo menor Jefferson Stiven Achury Duarte, contra, Saludvida ARS / Secretaría de Salud de Bogotá.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Veintiséis Penal Municipal de Bogotá y Veintinueve Penal del Circuito de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por la señora Mariluz Duarte Duarte en representación de su hijo menor Jefferson Stiven Achury Duarte, contra, Saludvida ARS(Sic) y la Secretaría de Salud de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones:

El 12 de noviembre de 2004, la señora Mariluz Duarte Duarte en condición de madre del menor Jefferson Stiven Achury Duarte, al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida e integridad personal, a la igualdad, a la dignidad humana y a la vida en condiciones dignas de su hijo, interpuso acción de tutela contra, la ARS(sic) Saludvida y contra la Secretaría de Salud de Bogotá, porque se negaron a cubrir la totalidad del costo del examen de proteínas C y S ordenado médicamente al menor, arguyendo que el procedimiento se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud POSS, y por tal razón, ella como madre debía pagarlo.

Solicitó se tutelara en favor del menor los derechos fundamentales mencionados y se ordenara a las accionadas el cubrimiento total, del cien por ciento (100%) del costo de atención, hospitalización, cirugías, exámenes, procedimientos asistenciales, terapias y medicamentos que ordenen los médicos tratantes y que se requieran hasta la plena recuperación de la condición de salud del niño.

Considera que las obligadas tienen la posibilidad de repetir contra el Fondo de Solidaridad y

Garantía Distritales o acudir al subsidio a la oferta en los términos del artículo 31 de decreto 806 de 1998, en concordancia con el artículo 4º del Acuerdo No.72 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad en Salud.

Narra los hechos que considera constitutivos de la vulneración, en la siguiente forma:

- Manifiesta que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y junto con su núcleo familiar, pertenecen al Régimen Subsidiado, en el que mediante encuesta SISBEN de enero 22 de 2004, fueron reclasificados del nivel 1 al nivel 3.

- Afirma que desde un año atrás, su hijo Jefferson Stiven padece de “Síndrome nefrótico cístico resistente, infección de vías urinarias y glomerulopatía de cambios mínimos”, por lo que ha requerido de tratamiento hospitalario y especializado de nefrología y de hematología pediátrica, dentro de los cuales le fue ordenado un examen de proteínas C y S, que no le autorizaron ni la E.P.S. Saludvida ni la Secretaría de Salud de Bogotá, por no estar cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud, POS, y porque al encontrarse clasificada en el Nivel 3 del Sisben, debía pagar el treinta por ciento (30%) del valor de todos los tratamientos y exámenes requeridos por el niño.

- Cuenta que por lo anterior, acudió la Personería del Supercade de donde remitieron un derecho de petición a Planeación Distrital para que en amparo al derecho de la salud de su hijo, se le revisara la encuesta de reclasificación, toda vez que, por la enfermedad del niño no puede trabajar y su esposo también se encuentra sin empleo. La respuesta de Planeación Distrital fue, que debía proceder a la cancelación del porcentaje mencionado y que quedaría en lista de espera para una nueva encuesta, ya que no la podían realizar antes del año que las mismas tienen de vigencia.

-Asegura que ni ella ni su esposo cuentan con recursos económicos o medios para obtenerlos y por tanto, reclama que sean reclasificados en el nivel 0 ó 1 del Sisben; además, pide que el caso de su hijo debe recibir de la Secretaría de Salud un tratamiento igualitario al de otros, en que ante la incapacidad económica de los afiliados, no se les exige copagos.

-Afirma que con lo anterior, quedan demostrados los cuatro requisitos exigidos por la

jurisprudencia constitucional para obtener la protección de los derechos fundamentales de su hijo menor, por la vía de la tutela.

2. Respuesta de las accionadas:

Solamente se recibió respuesta de La Secretaría Distrital de Salud,¹ que confirma que la accionante está clasificada en el nivel 3 del Sisben y manifiesta que no se explica por qué hasta ese momento no se afilió a una ARS del Régimen Subsidiado como le correspondía, entre Agosto y Septiembre de 2004, para ser objeto de subsidios parciales, según lo previsto por el Acuerdo No. 267 de 2004 del Concejo Nacional de Seguridad Social en Salud del Ministerio de Protección Social, CNSSS. En el escrito, la invita a proceder de conformidad en el mes de noviembre del mismo año.

Explica que por estar la solicitante en la mencionada clasificación, queda sujeta al cobro de cuotas de recuperación, no superiores a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cuyo cubrimiento puede llegar a formulas de arreglo. Señala que sin embargo, estas cuotas no podrán ser tomadas por la IPS u Hospital como barrera de acceso en la prestación del servicio.

Asegura que a través de sus instituciones públicas o privadas, se ha venido prestando del servicio de salud como tal al menor, de conformidad con los criterios establecidos para la atención de pacientes con el nivel 3 de Sisben y por ello, no se evidencia que se haya puesto en riesgo o peligro su vida.

Afirma, que si por el cobro de la cuota que por Ley deben hacer a ese nivel, ha habido inconvenientes para acceder a los servicios de salud, ello no implica que la Secretaría haya incurrido en violación de los derechos de la accionante porque están aplicando la Ley; y que ha dispuesto lo necesario para establecer sus condiciones socioeconómicas.

Manifiesta que independientemente de los resultados de esa nueva encuesta, el Hospital que esté tratando al menor, deberá prestarle todos los servicios de salud que requiera.

Considera que con lo anterior, al satisfacer las pretensiones de la accionante de prestación de servicios de salud para su hijo y de revisión de su situación frente al sistema y acceso a los contenidos del POSS del Acuerdo 267, se superan las razones de hecho alegadas y la

acción de tutela carece de objeto.

Finaliza su intervención diciendo que como las pretensiones de orden económico no son materia de observación por el Juez Constitucional y al haberse superado la presunta vulneración de los derechos del menor, se carece de fundamento para adelantar la presente acción contra esa entidad.

3. Pruebas:

Reposan en el expediente de la acción de tutela, los siguientes documentos que la accionante aporta en fotocopias simples:

3.1. Del oficio PBS-267 del 27 de Julio de 2004, dirigido por el Asesor de la Personería del Supercade de Bogotá, al Gerente del Área de Pobreza y Focalización del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, en el que el organismo como representante de los derechos humanos eleva la petición de visita prioritaria para encuesta de señora Mariluz Duarte Duarte en el Sisben.(fl.8).

3.2. Del oficio SDS-4071-2004 de fecha agosto 5 de 2004, en el que Planeación Distrital da respuesta al derecho de petición, comunicando a la accionante el puntaje con que fue reclasificada en el Sisben; el derecho al descuento del 70% del valor de los servicios de salud en los hospitales de la Red adscrita a la Secretaría Distrital de Salud y la inclusión de sus datos para una posterior actualización de la encuesta de clasificación, sobre la que se le advierte, que no podrá ser realizada antes de un año de la precedente. Se le precisa igualmente, que la encuesta del Sisben garantiza la clasificación de la persona o grupo familiar en los niveles de pobreza, mas no su categorización en un nivel determinado que les permita acceder a los beneficios que otorgue el régimen subsidiado de salud u otro tipo de subsidio del Estado. (fl.9)

3.3. De los carnés de afiliación de la accionante y de su hijo a la E.P.S. Saludvida, en el Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, documentos en que se registra como Nivel de Sisben el No. 2 y como I.P.S. para su atención, "Porsalud Ltda." (f.11).

3.4. De los formularios de Remisión del paciente Jefferson Stiven Achury Duarte, Nos.

0087499 del 21 de abril de 2004 y 0094446 del 15 de julio del mismo año, del Hospital Santa Clara al de la Misericordia de Bogotá, .(fls. 12 y 13).

3.5. Certificación del Departamento de servicios ambulatorios del Hospital Santa Clara E.S.E., sobre cumplimiento del tope máximo de recuperación de que trata el Acuerdo 30 del CNSSS, por parte del menor y de la patología tratada, donde reza que según la epicrisis, las facturas del Hospital Simón Bolívar y Hospital Santa Clara consiste en "Síndrome Nefrótico: Anomalía Glomerular Miniman Cie10 : N040".(fl.14)

3.6. Del registro civil de nacimiento de Jefferson Steven Achury Duarte; y de la tarjeta de registro en el Sistema General de Salud y Seguridad Social, en que consta como nivel de afiliación el No. 3, con una cuota de recuperación hasta el 30% . (fl. 15).

II. DECISIONES OBJETO DE REVISION

1.- Fallo de Primera instancia.

Mediante sentencia del 29 de noviembre de 2004, el Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Bogotá, resolvió negar el amparo pedido al considerar que la acción de tutela interpuesta era improcedente porque con ella se perseguían pretensiones económicas, y porque de parte de las accionadas no hubo violación a los derechos fundamentales constitucionales invocados por Mariluz Duarte Duarte en favor de su hijo Jefferson Steven.

En la sentencia, además, se dispuso remitir copia del fallo al Departamento Administrativo de Planeación Distrital para que de inmediato surtiera los trámites de revisión de la encuesta socioeconómica del Sisben a la accionante, a fin de establecer si hay variación de su estatus, para que se le efectúe una nueva calificación y así se determine su nivel en ese sistema, y si es procedente, se le catalogue como de las mas pobres (sic). La entidad deberá informar al juzgado los resultados.

Los fundamentos de la decisión del a-quo se sintetizan en las siguientes consideraciones:

Que de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo concebido para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que resulten amenazados o vulnerados, siempre y cuando no existan otros medios judiciales por los cuales hacerlos efectivos, o que existiendo, la tutela sea un

mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Que por lo anterior, se concluye que la protección del derecho a la salud vía tutela, tiene cabida solo si hay la conexidad mencionada con el derecho a la vida, ya que en su carácter de prestacional, para su efectividad se requiere de normas presupuestales, procedimiento y organización que viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema.

Sobre el caso concreto, se estimó que con los tratamientos que el menor ha recibido en los Hospitales Simón Bolívar y Santa Clara, se acreditó la enfermedad de “Síndrome Nefrótico” que padece; pero que igualmente con ellos, se corrobora que la accionada no ha negado la prestación del servicio de salud, pues lo ha suministrado a través de sus instituciones.

Señala el fallo que no obstante, no se probó la extrema gravedad o el peligro de muerte en que se encontraba el niño; lo que lleva a concluir que el amparo pedido no se puede catalogar como inminente. Y, al no haber la conexidad requerida con el derecho a la vida que se encuentre en peligro, no puede haber la protección del derecho a la salud por la vía de la tutela.

Se dedujo que la inconformidad de la accionante se centra en que, por razón de sus escasos recursos económicos, no puede asumir el 30% del costo de los tratamientos de su hijo, monto que le corresponde sufragar por ley como clasificada en nivel 3 del Sisben. A su turno, se califica de negligente su comportamiento al haber omitido su afiliación a una ARS del Régimen Subsidiado.

Se estimó que por lo anterior, la pretensión de la accionante es de carácter económico, encaminada a que la Secretaría de Salud de Bogotá cubra la totalidad de los gastos que demanden el tratamiento, exámenes, hospitalizaciones y medicamentos del menor, liberándola a ella del copago debido.

Se puso de presente que en estas condiciones, no se podía acceder a lo pedido a través de la acción residual, porque ello implicaría para el juez en sede constitucional, desconocer las disposiciones y procedimientos previamente establecidos en la Ley Orgánica 715 de 2001 que fija los parámetros, factores y condiciones para la ubicación de una persona en el Sisben y con ello su acceso a los beneficios del régimen subsidiado; además de que sería asumir en

forma indebida la competencia que para el manejo del sistema, otorga el Decreto 583 de 1999 al Departamento Administrativo de Planeación Distrital. Además, se afirmó que tal reconocimiento, obligaría a que en aplicación del derecho a la igualdad que establece el artículo 13 de la Carta Suprema, se impusieran los mismos presupuestos de hecho a cualquier persona, sin distinción alguna, cuando ésta es una labor que compete a quienes deben efectuar la clasificación en el Sisben.

Se invocó como precedente de la anterior conclusión, la sentencia T-300 de 2001, bajo los términos de que la Corte Constitucional decidiendo un caso similar, determinó que no es posible constitucionalizar todo asunto atinente al derecho de salud con el fin de buscar su protección a través de la tutela.

2.- Fallo de Segunda instancia.

Impugnada la anterior decisión, el Juzgado Veintinueve Penal del Circuito, decide confirmarla en su integridad, mediante Sentencia del 9 de febrero de 2005.

En esta oportunidad, el ad-quem avaló las consideraciones del Juez de primera instancia, en el sentido de que la petición principal de la accionante es de contenido económico al buscar la inaplicación del Decreto que ordena el cobro de las cuotas moderadoras y por ello, fue atinada la negación de lo pretendido, pues por su naturaleza, el mecanismo idóneo de reclamación no era el excepcional de la tutela.

Añade en su proveído, que debe admitirse que la clasificación de la accionante en el Nivel 3 del Sisben, que es la que le obliga al pago del copago del 30% del valor de los servicios de salud, estuvo precedida de un estudio socioeconómico en que se determinó la capacidad que la misma tenía a futuro para el cubrimiento de los copagos.

Señala el fallo que: “ la protección constitucional a los derechos a la vida y a la salud como todos los demás de esta estirpe, no tienen un contenido absoluto frente a cualquier situación que se pueda imaginar”, por lo que, no puede ignorarse que en este caso la accionada ha estado atenta a la prestación de los servicios medico asistenciales del menor, y que es por observar las disposiciones legales y reglamentarias atinentes al nivel Sisben de la afiliada, que debe exigir el pago previo de las cuotas moderadoras que le corresponden.

Finalmente se estima en la sentencia, que la sola minoría de edad no justifica siempre y en todos los casos que la asistencia medico asistencial, hospitalaria o el suministro de medicamentos se haga a título enteramente gratuito; luego, si el nivel de afiliación hace presumir una capacidad mínima de pago para cubrir el monto de la cuota moderadora, no se puede aspirar a que por vía de la acción de amparo se releve al obligado de su pago, solo por tratarse de un menor de edad.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer en Revisión de los fallos de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás normas concordantes.

2. Planteamiento del caso y Problema jurídico.

La señora Mariluz Duarte Duarte actuando en representación de su hijo menor, Jefferson Stiven Achury Duarte, interpone acción de tutela por considerar que las entidades Saludvida E.P.S. y la Secretaría Distrital de Salud, han vulnerado a su hijo enfermo los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, a la dignidad humana y a la vida en condiciones dignas, al no practicarle el examen de Proteínas C y S que le fue ordenado médicamente, bajo el argumento de que el procedimiento no estaba cubierto por el POSS y por eso, ella debía efectuar previamente el copago del 30% del valor del mismo, pues está clasificada en el nivel 3 del Sisben.

La accionada Secretaría Distrital de Salud, considera no haber violado o amenazado los derechos del niño Achury porque le ha venido prestando el servicio en sus instituciones. Manifiesta que si bien es cierto que en casos como el presente se debe efectuar el cobro del copago por disposición legal, ello no puede ser óbice para la efectiva prestación del servicio y por tanto, el Hospital que viene atendiendo al niño, debe efectuarle el examen prescrito. En consecuencia, estima superados los hechos que motivaron la acción de tutela por lo que la misma carecería de objeto para darle trámite, máxime cuando las reclamaciones económicas relativas al pago o no de la cuota compartida, no debe ser del ámbito del juez constitucional.

Así, solicitó que no fuera concedida la protección.

En la instancia tutelar, el amparo solicitado fue negado. Tanto el Juez de primera como el de segunda instancia, estimaron que la pretensión de la accionante era de carácter económico porque perseguía que se le exonerara a ella del pago compartido y que el monto total de los procedimientos, exámenes, medicamentos fueran asumidos por las accionadas. Igualmente, porque el derecho a la salud, que es de naturaleza prestacional, solo puede ser protegido por la vía de la tutela, cuando se demuestre una conexidad inescindible con otro derecho que sea de carácter fundamental y que se encuentre en peligro, situación que no se acreditó en el proceso.

Con base en lo anterior, le corresponde a la Sala determinar si en el presente caso las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales invocados en favor del menor, al negarse a la realización del examen ordenado por falta del copago que le correspondía a la madre del niño, como censada en el nivel 3 del Sisben. Igualmente, se resolverá si no obstante esa clasificación, le corresponde a las entidades demandadas asumir íntegramente los gastos de los exámenes ordenados al niño Jefferson Stiven Achury Duarte, así como los que ocasione el tratamiento respectivo, incluidos los medicamentos, teniendo en cuenta la incapacidad económica alegada por la accionante.

Para el efecto, (i) en primer lugar, por tratarse de un menor de edad, se reiterará la jurisprudencia constitucional relativa al carácter de fundamental que tienen los derechos a la salud y a la seguridad social del niño y la consecuente procedencia de la acción de tutela para obtener su protección; (ii) en segundo término, en el contexto de los servicios y derechos a la salud y a la seguridad social, se hará referencia a las disposiciones que regulan la ubicación de la población dentro del sistema general de salud social; y a partir de ello, insistir en el deber que tienen las entidades del sistema a que estén afiliados, y el de todas las instituciones públicas o privadas con contrato para el efecto con el Estado cuando se trate de los menos favorecidos que no se encuentran afiliados, de garantizarles sus derechos y prestarles los servicios de salud, aun sin el pago previo de las cuotas compartidas o moderadoras que deban asumir como usuarios; (iii) posteriormente, reiterando la jurisprudencia, se enfatizará en la prelación de los derechos fundamentales sobre cualquiera de otro orden, para de la confrontación con las normas sobre el pago de cuotas compartidas en el sistema de seguridad social en salud, establecer si surge la inaplicabilidad de estas

últimas; (iv) así mismo, la Corte referirá a la necesidad que el Juez de tutela cuando no sea informado directamente sobre la gravedad de la enfermedad, de oficio indague por la misma así como por las repercusiones que tenga la omisión del servicio reclamado sobre la salud del menor, para que su decisión al respecto no se torne ligera.

Bajo las anteriores consideraciones, se entrarán a revisar los fallos negativos dictados por los jueces de instancia, a efectos de definir si en el presente caso, era procedente la protección solicitada y se adoptará la decisión correspondiente.

3.- Los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de los niños, tienen reconocimiento expreso en la Constitución. Procedencia de la acción de tutela para obtener su protección. Reiteración de jurisprudencia.

En diversos pronunciamientos la Corte Constitucional ha recordado que, es en virtud de la disposición expresa del artículo 44 de la Constitución Política, que son fundamentales y prevalentes sobre los derechos de los demás, los derechos de los niños a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, entre otros. Son entonces derechos fundamentales constitucionales, independientes, autónomos, que gozan de las mismas salvaguardas de los que con igual rango se ubican en el título respectivo de la Constitución.

Categorizar de manera distinta tales atributos de los niños, constituye entonces una verdadera e injustificada desatención tanto al mandato constitucional que de manera clara y explícita les confiere el rango de fundamentales, como al desarrollo que el interprete de la Carta Suprema ha dado a la disposición.

Efectivamente, en forma repetida la Corporación ha distinguido entre el carácter de prestacional o de fundamental que tienen los derechos a la salud y a la seguridad social, atendiendo las circunstancias en que se desenvuelvan, y ha enfatizado en que, cuando se trate de los niños, son eminentemente fundamentales. Es así, como para situaciones ajenas a los niños, se ha dicho en forma genérica, que la naturaleza de esos derechos es prestacional por corresponder a la ejecución de un servicio público a cargo del Estado, pero, que cuando el menoscabo de éstos pone en riesgo un derecho definido constitucionalmente como fundamental, por conexidad, los derechos a la salud y a la seguridad social alcanzan tal categoría. Tal distinción se ha plasmado en pronunciamientos de la Corte, así:

“Tan clara es la voluntad del Constituyente de proteger de manera especial al niño, que sus derechos a su salud y a la seguridad social fueron reconocidos como fundamentales, tratamiento que no recibieron estos mismos derechos frente a las demás personas, pues con respecto a éstas su protección por la vía de la tutela sólo es posible en la medida en que su desconocimiento pueda afectar por conexidad un derecho fundamental o un principio o valor constitucional².”

Ahora, también es de creación constitucional la acción de tutela como mecanismo para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados³.

Por eso, de los anteriores preceptos superiores, forzoso es concluir, como lo ha hecho la interprete constitucional, que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños, por su carácter expreso de fundamentales, son autónomos para efectos de reclamar su protección del juez constitucional de manera directa por la vía de la tutela, es decir, sin que haya necesidad de establecer que cuando se afectan, igualmente se está poniendo en riesgo otro derecho de carácter fundamental. Al respecto dice la Jurisprudencia:

“ Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela. La razón que justifica la aplicación preferente del principio democrático a la hora de adscribir derechos prestacionales, resulta impertinente en tratándose de derechos fundamentales de los menores”⁴.

“ Los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son fundamentales, según el artículo 44 de la Constitución Política. De acuerdo con la disposición enunciada y a diferencia de lo que se predica de tales derechos en relación con las demás personas, la seguridad social y la salud de los niños son derechos constitucionales de carácter fundamental y, en cuanto interesa a la viabilidad de la acción de tutela para protegerlos, ésta procede directamente y no, como sucede en otros casos, exclusivamente cuando su amenaza o vulneración significan amenaza o vulneración de derechos fundamentales como la vida y la integridad personal”⁵.

Como se observa, es reiterativa la jurisprudencia que desarrolla las precisiones anteriores y recalca en la obligación que tiene el Estado de ofrecer una eficaz protección a estos derechos

por ser prevalentes. De ella se citan además los siguientes apartes:

“El derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños”. 6

“El Estado colombiano no sólo debe garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir las necesidades de los menores, sino que debe abstenerse, a través de todos sus órganos, bien sean estos del poder central o de las entidades territoriales, de poner en riesgo tan preciado derecho. Ello, se reitera, por considerar que el niño forma parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección, debiendo adelantar una política de especial atención hacia ellos”.7

Se insiste entonces en esta oportunidad, que tanto el derecho a la salud, como a la seguridad social cuando se trata de niños, son derechos fundamentales sin necesidad de que se establezca conexidad con el derecho a la vida y pueden ser reclamados por el mecanismo de la tutela. Luego, en el examen para su protección, no puede insinuarse el carácter prestacional ordinario de su naturaleza y mucho menos exigir para su resguardo conexidad con otros derechos de rango superior.

Los derechos de los niños, como lo expresa sin rodeos el artículo 44 de la Constitución Política, prevalecen sobre los derechos de los demás8.

4.- Los derechos a la salud y a la seguridad social. Obligatoriedad de la prestación del servicio público que los garantiza. Efectos de la ubicación de personas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La Constitución Política en el artículo 48, consagra la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se garantizará y prestará bajo la dirección, coordinación

y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Igualmente, lo instituye como derecho irrenunciable para todos los habitantes.

A su turno, el artículo 49 *ibídem*, bajo las mismas premisas, establece que la atención de la salud es igualmente un servicio público a cargo del Estado y se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Indicando que los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada y por niveles de atención. Confiere la norma al Estado, la facultad para instituir las políticas, organizar, dirigir, reglamentar, vigilar y controlar su ejecución. A la par, indica esta disposición que la ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Para el desarrollo de los mandatos precedentes, a través de la Ley 100 de 1993, se crea el Sistema de Seguridad Social Integral de la Salud, dirigido a garantizar el acceso de todas las personas al servicio de salud como un derecho constitucionalmente establecido y se definen, entre otras, las diferentes modalidades de prestación, los regímenes aplicables y la participación de la ciudadanía en el mismo.

Así, en el artículo 157 de esta Ley, se crean dos tipos de participantes en el Sistema: (i) en calidad de afiliados que pagan un importe, bajo dos modalidades: a) régimen contributivo: cuando la incorporación al sistema se hace a través del pago de una cotización o un aporte económico previo, financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador, y b) régimen subsidiado, cuando el pago del importe para la incorporación al sistema, se efectúa a través de Unidad de Pago por Capitación, UPC, que es un monto subsidiado total o parcialmente con recursos fiscales o de solidaridad y cubre aquellas personas identificadas como la población más pobre y vulnerable del país y, (ii) transitoriamente mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado, las llamadas personas vinculadas al Sistema, que no tienen capacidad de pago⁹, las que tendrán 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.

Además, se establece que si se requiere de servicios no cubiertos por el POS subsidiado, y el

afiliado carece de capacidad económica para asumir su costo, es obligación de las instituciones públicas y de aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, atenderlos de acuerdo con su capacidad de oferta.¹⁰

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 213 de la Ley 100 de 1993, quienes pertenecen al régimen subsidiado de salud, se someten previamente a un sistema de selección de beneficiarios para programas sociales, SISBEN, en donde de acuerdo con los criterios establecidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social CNSS, a través de una encuesta aplicada por las entidades territoriales, se analizan sus condiciones personales, según la capacidad económica medida en función de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda, para ser posteriormente clasificados dentro de uno de los seis niveles de afiliación; se clasifica en el primer nivel a la población más pobre.

Pero, para ser afiliado al régimen subsidiado, se requiere no sólo estar identificado como beneficiario del subsidio, sino además haber sido seleccionado e inscrito en una entidad Administradora del Régimen Subsidiado, ARS, con el pago de la Unidad de Pago por Capitación¹¹. Solo así, se entenderá que el usuario tiene la calidad de afiliado, es decir, en el momento en que la respectiva entidad territorial suscribe el contrato con la ARS para atender al beneficiario. Por tanto, si no ha habido esta incorporación expresa a una administradora de ese régimen, no obstante haber sido clasificada en el Sisben, la persona tiene el carácter de vinculada en el sistema y no de afiliada al mismo, variando por ende su régimen. En el caso en estudio, la demandada Secretaría Distrital de Salud, admite que la accionante Mariluz Duarte Duarte, clasificada en el nivel 3 del Sisben, no se encuentra inscrita en ninguna ARS, en consecuencia, para la Sala, tiene la condición de participante vinculada del Sistema de Seguridad Social y con ello, bajo los términos del literal B) del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, sin ninguna otra condición, tendrá derecho a los servicios de atención de salud del sistema, en cualquiera de a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, por lo que así podrá exigirlos.

En este sentido recientemente se volvió a manifestar la Corte en la sentencia T-223 de 2005, M.P., Clara Inés Vargas Hernández, en la que en un caso en que la accionante ya había sido encuestada y clasificada en el Nivel 1 del Sisben, aún no estaba afiliada a una Administradora del Régimen Subsidiado. Por este hecho, se determinó que la calidad de

participante en el sistema era de vinculada. Se reiteró que no obstante ser improcedente la vía de la tutela para ordenar la afiliación de una persona a una ARS, por la necesidad de atender los procedimientos administrativos que deben agotarse para el efecto, el juez constitucional debe velar por que los participantes vinculados al sistema reciban, aún sin la asignación de una Administradora, la prestación de los servicios en salud en todas las entidades públicas o privadas que tengan contrato con el Estado. Por eso, se dispuso que la accionante estando ya dentro del sistema Sisben, podía exigir la asignación de una A.R.S., al igual que, la prestación de los servicios de salud a las entidades públicas que están en condiciones de subsidiar los servicios de salud que necesite, máxime cuando en ese caso se trataba de una enfermedad catastrófica¹².

Importante resulta entonces, determinar la condición en que se participa en el Sistema, por cuanto, de ella dependen tanto la magnitud y responsabilidad del cubrimiento de los servicios por parte de las entidades del sistema y su exigibilidad por los participantes¹³, como las correlativas obligaciones de los usuarios. Evidentemente, tanto la categoría de afiliación de los cotizantes, como el nivel de subsidio a que se tenga derecho en el régimen auxiliado, o su estado de vinculados, tienen una relación directamente proporcional con las cargas que se deban sufragar de su peculio los participantes en el sistema por los servicios demandados.

Como es sabido, la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere de la coparticipación económica de los usuarios para costear la prestación de los servicios, por lo que, en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, que lo organiza, se establece la sujeción de los afiliados y beneficiarios del Sistema a pagos compartidos¹⁴, cuotas moderadoras¹⁵ y deducibles. Las cuotas moderadoras se cobran solo a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios., con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de los servicios. Los copagos se cobran únicamente a los afiliados beneficiarios, además de la finalidad anterior, para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud.

Para el efecto, el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, define los servicios a los que serán aplicables y los pagos que se deban hacer por ellos, de acuerdo con el nivel socioeconómico de los usuarios y los servicios a los

que serán aplicables. Resalta la disposición que, en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres¹⁶.

Según lo dispuesto por el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995, debe entenderse que a la población vinculada también le corresponde cancelar cuotas de recuperación por la prestación de servicios de salud y que su monto se establece atendiendo el nivel del SISBEN en el que haya sido clasificado el usuario. En esta norma, se establece que el usuario identificado en el nivel 3 del Sisben, debe pagar directamente a las instituciones Prestadoras de Servicios de Salud hasta un máximo del 30% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes por la atención de un mismo evento. Pero, debe tenerse en cuenta que para esta regulación, también rige la determinación de que en ningún caso estos copagos podrán convertirse en barreras de acceso al servicio.

Ahora, como los copagos, se pueden aplicar a todos los servicios contenidos en el POS, con excepción de los de promoción y prevención, programas de control en atención materno infantil, de enfermedades transmisibles, catastróficas o de alto costo, atención inicial de urgencias y los servicios por los cuales se pagan cuotas moderadoras, en todos los eventos, deberá determinarse de manera clara si por el servicio debe cancelarse el copago, o si corresponde a alguno de los eventos en que en razón a determinadas circunstancias, está excluido del mismo.

5.- Prelación de los derechos fundamentales a la salud y seguridad social de los niños frente a incapacidad de pago de las cuotas de recuperación o copagos. Inaplicabilidad de normas inferiores que pongan en peligro derechos fundamentales. Reiteración de jurisprudencia.

En términos generales, de las disposiciones analizadas en el punto precedente se colige, como lo ha hecho la jurisprudencia constitucional¹⁷ y se establece en expresa disposición legal, que las Entidades pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es decir, aquellas instituciones públicas y las privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto, no pueden negar la prestación de un servicio de salud como lo es la práctica de un examen médicamente prescrito, cuando se alega por el usuario falta de recursos económicos para cubrir el porcentaje que le corresponde y, máxime si éste se requiere para salvaguardar los derechos fundamentales a la vida e integridad de la persona. Pues, como se

ha advertido, existen mecanismos para que con posterioridad a la prestación del servicio y de acuerdo con normas vigentes, se efectúen los cobros respectivos, o si es del caso, la entidad podrá hacer uso de la acción de repetición en contra del Estado, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía, o a cargo de los recursos del subsidio a la oferta del régimen subsidiado para el reembolso de los montos que no le correspondía sufragar.

En efecto, la Corporación ha insistido en que la protección y conservación del derecho a la vida e integridad de la persona, escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual que la obstaculice o impida, porque se trata de salvaguardar derechos fundamentales constitucionales y por ello, no es admisible anteponer intereses de carácter económico, estén o no amparados por disposiciones legales o reglamentarias que son de rango inferior.

En este contexto, debe recordarse que el artículo 44 de la Constitución Política establece como fundamentales y prevalentes sobre los derechos de los demás, los derechos a la salud, integridad física y seguridad social de los niños. Luego, cuando el afectado con la omisión del servicio que requiere el copago resulta ser un menor, es mayor la exigencia para juez constitucional en su obligación de analizar mas allá de las disposiciones legales que en principio justificarían la conminación al usuario para el cubrimiento previo de las cuotas compartidas, si por ello se están poniendo en peligro esos derechos, para que de tal estudio, decida sobre la obligatoriedad o no en la prestación del servicio, y por ende de la procedencia o no de la acción de tutela para obtener la efectividad del derecho del menor¹⁸.

Por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema”¹⁹. En esta situación, por mandato del artículo 4º de la Constitución Política, priman las órdenes de la carta suprema, en este caso, garantizar los derechos a la salud, la integridad física y a la vida del menor.

6.- Obligación del Juez de tutela de indagar de oficio sobre la gravedad de la enfermedad, así como por las repercusiones que sobre la salud del menor tenga la omisión del servicio reclamado cuando en la actuación ello no sea informado directamente por las partes.

El artículo 86 de la Constitución Política, determina que para la utilización de la acción de tutela como mecanismo para obtener la efectividad de los derechos fundamentales, éstos deban verse vulnerados o puestos en peligro. Por consiguiente, es evidente que para adoptar

la decisión sobre su procedencia, la determinación sobre el peligro o amenaza en que se encuentren esos derechos fundamentales, concretamente los de la salud, integridad física y a la vida, depende de una evaluación del caso concreto, en que, con fundamentos ciertos ésta pueda ser concluida.

En consecuencia, no es admisible para el fallador de instancia suponer o descartar la presencia del riesgo, por carencia de pruebas expresas allegadas a la actuación por las partes. Si de lo obrante en el proceso no es posible establecer la gravedad de la situación, el Juez está obligado, antes de tomar su decisión, a procurar el esclarecimiento del hecho, ordenando de oficio las pruebas pertinentes y necesarias para el efecto, para que aquella no se torne ligera e injusta.

Tal actuación reviste mayor relevancia cuando de ello también depende la valoración del hecho de si existe o no obligatoriedad para el pago de cuotas compartidas que se ha invocado como causal de rechazo del servicio²⁰, toda vez que uno de los criterios para excluirlo de su imposición, lo constituyen la gravedad, persistencia o el alto costo y riesgo de la enfermedad.

7. Solución al caso concreto.

Con la acción instaurada por la señora Mariluz Duarte Duarte, en representación de su hijo menor Jefferson Stiven Achury Duarte, pretende que se tutelen a favor del niño los derechos fundamentales a la salud, a la integridad física, a la seguridad social, a la vida y a una vida digna, que consideró vulnerados por la EPS Saludvida y por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, cuando estas entidades le negaron al menor enfermo, la realización de un examen médicamente prescrito, hasta tanto no pagara el 30% de su valor, monto que le correspondía aportar como copago al estar clasificada en el nivel 3 del Sisben.

Alegó la accionante incapacidad económica de ella y de su familia para cancelar esos gastos, habida cuenta que su actual situación económica no se los permite. Por lo mismo, pidió ser reclasificada en el nivel más bajo del Sisben y que el cubrimiento total de los exámenes y procedimientos médicos, así como el de los medicamentos que requiera el niño, sea a cargo de las accionadas quienes tendrán posibilidad de repetirlos contra el Estado, bajo las disposiciones legales vigentes.

Quien respondió como accionada, fue la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, solicitando la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela por carecerse de objeto, ya que ha venido prestando los servicios de salud al menor a través de sus instituciones y porque dice, se le efectuará por las mismas el examen médico prescrito al niño. Igualmente, porque estima que lo referente a la exoneración del copago, que por disposición legal está cobrando, es circunstancia de contenido económico que no se debe resolver por esa vía y sobre ello admite que no puede impedir la prestación del servicio.

Reconoce que la accionante a pesar de encontrarse censada en el nivel 3 del Sisben, no ha sido inscrita en ninguna Administradora del Régimen Subsidiado, al igual que acepta la disposición tanto de afiliarla al sistema como de efectuarle una nueva encuesta socioeconómica para la respectiva reclasificación en Sisben.

Los jueces de las respectivas instancias al negar el amparo solicitado, fueron acordes en considerar que no había omisión en la prestación del servicio por parte de la accionada, es decir, que esta obligación se había cumplido, restando solamente el copago que legalmente reclamaban de la madre del menor, para poder efectuarle el examen requerido. Concluyeron entonces, que lo finalmente perseguido por la accionante era la exoneración de la carga económica que le implicaba el copago, para que a la vez le fuera trasladada a las demandadas, motivo por el que estimaron que la vía de la tutela era improcedente para tal fin.

La confirmación íntegra del fallo de primera instancia, revela la conformidad de los enjuiciadores en la sede tutelar para considerar los derechos a la salud y a la seguridad social del niño Jefferson Stiven, como simples derechos de naturaleza prestacional. Igualmente, que asienten en concluir que como no se alegó o acreditó por la accionante riesgo evidente para la vida del niño, este hecho no existía, desapareciendo con ello un presupuesto constitucional básico para la procedencia de la acción de tutela, como es el riesgo o peligro de un derecho fundamental en conexidad con los reclamados, lo que tampoco se demostró. La segunda instancia por su parte, agrega en su proveído que el solo hecho de ser menor, no implica siempre atención gratuita en salud.

Ante la situación de hecho planteada, las decisiones adoptadas y teniendo en cuenta las

consideraciones efectuadas en esta providencia, entra la Sala a resolver si en el presente caso las entidades accionadas, vulneraron los derechos fundamentales constitucionales del menor Jefferson Stiven Achury Duarte invocados por la demandante, si el no pago de la cuota compartida era razón justa para la negativa de la práctica del examen al niño, y con ello, si era procedente conceder la tutela solicitada con las consecuentes órdenes de realización de los análisis al infante.

En primer lugar, precisa la Corte que se trata de un caso referido a un menor; luego, el tratamiento que desde un principio debieron darle todos los involucrados en su atención, era el correspondiente a los derechos fundamentales constitucionales, es decir, prevalente sobre cualquier consideración de otro orden que obstaculizara o impidiera su realización. Esto, porque todas las autoridades y ciudadanos, están obligadas a acatar y a respetar los mandatos expresos de la constitución y como se advirtió, así lo determina el artículo 44 de la Suprema Carta.

La enfermedad diagnosticada al niño de escasos 3 años de edad²¹, refiere el padecimiento de “Síndrome Nefrótico”²²cuyo tratamiento ha requerido de hospitalizaciones. Ante la ausencia de mayores explicaciones en la actuación sobre esa afección, para mejor ilustración que lleve a un acertada decisión , la Sala considera necesaria la presentación de alguna literatura sobre el tema. Según se describe en la enciclopedia médica “MedlinePlus”²³, el “Síndrome Nefrótico” puede ser congénito o adquirido. Alternativamente, en el primer caso recibe también el nombre de Síndrome Nefrótico y en el segundo de Nefrosis.

La obra en mención detalla los aspectos más importantes de la enfermedad, la define, indica sus causas, incidencia y factores de riesgo, así como los síntomas, signos y exámenes para detectar sus causas, el tratamiento, expectativas o pronósticos, complicaciones, situaciones que requieren asistencia médica y prevención. De estos aspectos es pertinente reseñar para el caso en estudio los siguientes:

“Síndrome Nefrótico.

Nombre alternativo: Nefrosis.

Definición. Es un grupo de signos y síntomas que abarca proteína en la orina [...] bajos niveles de proteína en la sangre, niveles altos de colesterol e hinchazón. La orina puede contener

también grasa visible bajo el microscopio.”

Causas, incidencia y factores de riesgo: El síndrome nefrótico es causado por varios trastornos que producen daño renal, particularmente la membrana basal del glomérulo, lo cual ocasiona inmediatamente excreción anormal de proteína en la orina.

La causa más común en los niños es la enfermedad de cambios mínimos, mientras que la glomerulonefritis membranosa es la causa más común en adultos.

Este padecimiento también puede ocurrir como resultado de una infección, exposición a drogas, malignidad, trastornos hereditarios o enfermedades que afecten múltiples sistemas corporales, incluyendo diabetes, lupus eritematoso sistémico, mieloma múltiple y amiloidosis. También puede acompañar trastornos del riñón, incluyendo glomerulonefritis, glomeruloesclerosis segmental y focal y glomerulonefritis mesangiocapilar.

El síndrome nefrótico puede afectar a todos los grupos de edades. En los niños, es más común entre edades de 2 a 6 años y los hombres pueden resultar ligeramente más afectados que las mujeres.

Síntomas : Hinchazón [...], retención de líquido, Presión sanguínea alta,[...]

Signos y exámenes: [...] Los exámenes para descartar las causas pueden abarcar los siguientes:[...]

Tratamiento: El objetivo del tratamiento es mejorar los síntomas, prevenir las complicaciones y retrasar el daño renal progresivo. Es necesario el tratamiento del trastorno causante para controlar el síndrome nefrótico. El tratamiento se puede requerir de por vida. (Subrayas fuera de texto). [...] Si se presenta hipertensión, se la debe tratar agresivamente. Igualmente, se recomienda tratamiento del colesterol alto en la sangre y de los altos niveles de triglicéridos para reducir el desarrollo de la aterosclerosis. [...]

Complicaciones: Aterosclerosis y enfermedades cardíacas relacionadas, Trombosis venosa renal, Insuficiencia renal aguda, Insuficiencia renal crónica, Infecciones, incluyendo neumonía neumocócica , Desnutrición, Sobrecarga de líquidos, insuficiencia cardiaca congestiva, edema pulmonar. . (Subrayas fuera de texto).

Prevención : El tratamiento de las alteraciones causantes del síndrome nefrótico puede prevenir su desarrollo.”

“Síndrome Nefrótico Congénito.

Nombre alternativo: Síndrome Nefrótico.

Definición. El Síndrome Nefrótico congénito es un trastorno hereditario caracterizado por la presencia proteína en la orina e hinchazón en el cuerpo.

Causas, incidencia y factores de riesgo: El síndrome nefrótico congénito es un tipo muy raro de síndrome nefrótico que[...] se desarrolla poco después de nacer. Se trata de un trastorno causado por una proteína llamada nefrina que se encuentra en el riñón y es anormal en los niños con ese trastorno.[...].

Este trastorno normalmente ocasiona infección, desnutrición e insuficiencia renal y a menudo puede causar la muerte a la edad de 5 años. (Subrayas fuera de texto).

Síntomas : Hinchazón generaliza [...]

Signos y exámenes: [...] Presión sanguínea alta,[...]. El examen de orina revela grandes cantidades de proteínas [...]

Tratamiento: Se requiere un tratamiento agresivo y temprano para controlar el trastorno.[...] Se puede recomendar la diálisis, al igual que la extirpación y trasplante de riñón. (Subrayas fuera de texto).

Expectativas (pronóstico): Muchos de los casos son mortales durante el primer año. En algunos, el síndrome nefrótico congénito puede ser controlado con éxito si se aplica un tratamiento oportuno y agresivo, que puede incluir el trasplante renal. (Subrayas fuera de texto).

Complicaciones: Infecciones severas, frecuentes; desnutrición y trastornos relacionados, coágulos sanguíneos, insuficiencia renal aguda, insuficiencia renal crónica, enfermedad renal en estado terminal. (Subrayas fuera de texto).”

Es cierto que en sede tutelar, no se definió qué tipo de “Síndrome Nefrótico” padece el

menor Jefferson Stiven, ni se esclareció el objetivo del examen de “Proteínas C y S” ordenado y que le fue negado por las accionadas, como tampoco su costo, ni si se trata de aquellas enfermedades crónicas cuyos servicios se encuentran excluidos de copagos²⁴. Pero, sin pretender invadir la órbita de la medicina, de los diagnósticos presuntivos reseñados en los formularios de remisión del paciente²⁵, que indican los síntomas que presentaba en los exámenes clínicos el niño, fácilmente se puede establecer que corresponden a indicios del padecimiento de una enfermedad que no puede catalogarse como inofensiva, ni siquiera por un lego en la materia. Al confrontarlos con los cuadros transcritos, es ineludible deducir el riesgo inminente en que se encuentra la salud del menor, y la necesidad de practicarle no solo el examen prescrito, si no, auxiliarle con todos los exámenes, tratamientos y medicamentos necesarios para salvaguardar su integridad e incluso su vida, con el cubrimiento total de su monto por las entidades del sistema, si se establece la incapacidad de pago de la accionante.

Por ello, no podían los obligados a proporcionar los servicios requeridos, que además son versados en el tema y concientes de los riesgos que la omisión implica en la salud del menor, dilatar su prestación so pretexto de lograr el cumplimiento de disposiciones económicas que protejan sus propios intereses, que en ningún momento se verían afectados, pues de asumir en su momento el ciento por ciento del valor de los exámenes como carga que no les correspondía, tenían el derecho de repetición de que tratan las normas pertinentes.

Así, la Corte considera que con su actuar negativo las entidades demandadas, violaron los derechos fundamentales cuya protección se pide, y en consecuencia procede el amparo tutela solicitado. Desconocieron, tanto la prelación que éstos tenían por ser esenciales, sobre los que le permitían efectuar el cobro del copago, como las disposiciones legales y reglamentarias que de manera expresa les obligaba a la prestación del servicio aunque no se hubiera realizado el pago compartido. Situación que por demás, solamente admiten cuando fue interpuesta la tutela, pero ya el quebrantamiento estaba consolidado.

Ahora, cuando las decisiones de instancia dan el tratamiento de derechos prestacionales a los tantas veces definidos como fundamentales por tratarse de los niños, y se niegan a admitir la tutela como mecanismo para su protección respecto de la evidente vulneración cometida por las accionadas, se apartan tanto del mandato constitucional del artículo 44 que así los establece, como de la jurisprudencia de su intérprete que de manera abundante en tal

sentido lo ha desarrollado y ésta, sería suficiente causal para revocarlas.

Pero, no puede la Corte dejar pasar inadvertida la vulneración al debido proceso, protegido por el artículo 29 de la Constitución Política, que obliga a que las decisiones se soporten en pruebas legalmente allegadas a la actuación. Se evidencia que hubo una subjetiva apreciación de los falladores al desestimar la presencia de la amenaza o peligro de los derechos reclamados por la accionante, la cual contraría las pruebas que obraban en el plenario. Como se advirtió, sin pretender que los jueces emitan diagnósticos médicos propios, esta Corte considera que la simple lectura de los síntomas y diagnósticos que los facultativos registraron en las hojas de remisión del paciente, era suficientes para admitir un riesgo inminente en la salud del menor. Pero si ello no les era apto a los jueces para su convencimiento, debieron indagar al respecto oficiosamente a través de pruebas, para adoptar la decisión y no suponer, como lo hicieron, la inexistencia del peligro.

Tampoco se evaluó por los jueces de instancia si para el caso era procedente el cobro de cuota compartida o era de las situaciones excluidas de esta imposición. De ser viable ese cobro, igualmente ignoraron que la falta de pago no podían obstaculizar la prestación del servicio como se ordena constitucional y legalmente; no atendieron el derecho de repetición que asistía a las demandadas en el caso de que hubieran asumido los costos totales del examen del menor; la carencia de recursos económicos que para el momento alegaba la madre del menor tampoco fue escuchada y es de advertir, que esta afirmación no fue desvirtuada si no que desatinadamente se pretendió controvertirla con la legalidad de la realización de la encuesta y clasificación en el Sisben que era anterior a los hechos.

En consecuencia, habrán de revocarse los fallos proferidos por los Juzgados Veintiséis Penal Municipal de Bogotá, y Veintinueve Penal del Circuito de la misma ciudad, en lo que tocan a la negación del amparo y, en su lugar, se concederá la tutela solicitada, en los términos expuestos con anterioridad, a fin de proteger los derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social del menor Jefferson Stiven Achury Duarte, ordenando a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, la realización y el cubrimiento del monto total de los exámenes de proteínas C y S ordenados médicamente al menor. Igualmente, se prevendrá a la accionada en el sentido que en un futuro deberá prestar de manera oportuna todos los servicios de salud que el menor requiera para el tratamiento de la enfermedad que le aflige, incluidos los exámenes, procedimientos, y medicamentos que ello demande, sin exigir previamente el

pago de las cuotas compartidas que sean procedentes, si hubiere incapacidad de la madre del menor para sufragarlas. La accionada además, deberá informar a la demandante sobre los procedimientos para obtener facilidades del pago de las cuotas compartidas y si es del caso, quedará facultada para ejercer las acciones de cobro de acuerdo con las normas vigentes y para repetir en los términos de Ley contra el Estado, por los pagos asumidos sin estar obligado a ello.

Se mantendrá la decisión relativa a la nueva encuesta de clasificación en el Sisben, que deberá efectuársele a la accionante.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la decisión de no tutelar los derechos a la vida en conexidad con el de la salud, la igualdad y a la dignidad del menor Jefferson Stiven Achury Duarte proferida en primera instancia por el Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Bogotá, y confirmada en segunda instancia por el Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de la misma ciudad. En su lugar, CONCEDER el amparo para la protección de los derechos fundamentales a la salud, integridad física, seguridad social y a la vida en condiciones dignas del menor.

Segundo.- ORDENAR a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, que si todavía no lo ha hecho, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, y a través de una de sus instituciones, apta para el efecto, practique al menor Jefferson Stiven Achury Duarte, el examen de Proteínas C y S que le fue médicamente prescrito, con el cubrimiento total del costo del mismo.

Tercero: PREVENIR a la accionada Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, en el sentido de que en un futuro, deberá prestar de manera oportuna todos los servicios de salud que el menor requiera para el tratamiento de la enfermedad que le aflige, incluidos los exámenes, procedimientos, y medicamentos que ello demande, sin exigir previamente el pago de cuotas compartidas que sean procedentes, si hubiere incapacidad de la madre del menor para

sufragarlas.

Quinto: CONFIRMAR la orden impartida al Departamento Administrativo de Planeación Distrital, para que de inmediato disponga lo necesario para la realización de una nueva encuesta de clasificación en el Sisben de la señora Mariluz Duarte Duarte, de las condiciones personales anotadas en los fallos revisados.

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

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Memorial a folio21 Expediente de Tutela.

2 Ver entre otras 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.

3 Artículo 86 C.P.

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

5 Sentencia T-286 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz. Sentencias en el mismo sentido: T-556 de 1998 y T-514 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-322 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería.

6 Corte Constitucional. Sentencia SU-819/99 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

7 Sentencia T-1008 de 2004

8 Conclusión jurisprudencial seguida desde la Sentencia T- 556 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

9 La misma disposición señala que “A partir del año 2.000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el Plan Obligatorio de Salud de que habla el artículo 162”.

10 Artículo 31 del Decreto 806 de 1998.

11 Reglamentado así por el artículo 29 del Decreto 806 de 1998.

12 Cfr. línea jurisprudencial, en las Sentencias T-1054 de 2002, MP. Clara Inés Vargas Hernández y T-829 de 2004, MP Rodrigo Uprimny Yepes.

13 El Decreto 806 de 1998 determina en el artículo 28 unos beneficios adicionales a la atención básica a los afiliados al régimen contributivo, en comparación con los del régimen subsidiado que señala el artículo 30 ibídem. Para los vinculados al sistema, en el artículo 33 de la misma norma, mientras dure su estado, el beneficio es la garantía de acceder a los servicios de salud que preste cualquier institución pública o privada que tengan contrato con el Estado, según su capacidad de oferta y las normas sobre cuotas de recuperación.

14 O, “Copagos”; son aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema. Se pueden aplicar a todos los servicios contenidos en el POS, con excepción de los de promoción y prevención, programas de control en atención materno infantil, de enfermedades transmisibles, catastróficas o de alto costo y atención inicial de urgencias. Conc. Artículos 2º, 3º y 7º Acuerdo 260/04 CNSSS.

15 Tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por la EPS. Se aplican a determinados servicios y con la frecuencia que autónomamente definan las EPS. Conc. Artículos 1º, 3º y 6º Acuerdo 260/04 CNSSS.

16 Es de anotar que este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-542 de 1998, M.P., Hernando Herrera Vergara, bajo el entendido de que si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras o controvierte la validez de su exigencia, el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes.

17 Ver entre otras, sentencias T- 370 de 1998, M.P., Alfredo Beltrán Sierra; C-542 de 1998, M.P., Hernando Herrera Vergara

18 Con este fundamento, el sentido de las decisiones de la Corte ha sido el de conceder el amparo solicitado al establecerse que los derechos fundamentales de los niños están siendo amenazados con la falta de prestación del servicio de salud por no haberse cancelado el copago. Se pueden consultar sentencias como la 821 de 2001 M.P., Alfredo Beltrán; T-745 de 2004, MP Manuel José Cepeda Espinosa

19 Corte Constitucional - Sentencia SU 480 de 25 de septiembre de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

20 En los términos del artículo 7º del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS.

22 Así consta en formulario de remisión de pacientes del folio 13 y en la certificación a folio 14 ib.

23 Extracto, consulta en página electrónica www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000490, Actualizado: 10/17/2003. Derechos de autor 2005, A.D.A.M., Inc.

24 En los términos y criterios establecidos por artículo Art. 7 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS.

25 Folios 12 y 13 del expediente de tutela.