

Sentencia T-754/05

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Fundamental autónomo

DERECHO A LA SALUD-Criterios basados en la afectación del núcleo esencial para determinar la procedencia de la acción de tutela

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-No puede oponer obstáculos de tipo legal ni económico para el tratamiento de enfermedad catastrófica de un niño/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Prevalencia en la atención preferente y especializada a los niños aún cuando no existe un pronóstico favorable de curación/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Deber de respetar el principio de continuidad

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

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Vinculados deben tener trato igual al de los beneficiarios del sistema contributivo y afiliados al régimen subsidiado cuando se trate de enfermedades catastróficas o ruinosas/REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Vinculados se les exceptúa del cobro de los copagos en casos de enfermedades catastróficas o ruinosas

En términos de la normatividad vigente la excepción del cobro de copagos para los afiliados al sistema que padezcan enfermedades ruinosas o catastróficas no es aplicable en relación con los participantes vinculados que se encuentran en la misma situación. Con todo, esta Corporación ha sostenido que dicha postura genera un tratamiento diferenciado entre afiliados y vinculados que es discriminatorio e injustificado. Por este motivo, en algunos eventos ha decidido que la excepción vigente para los afiliados debe ser extendida a los participantes vinculados. A partir de estas consideraciones, en la sentencia T-411 de 2003. Así las cosas, cuando se trate de brindar tratamientos a personas que sufren enfermedades ruinosas o catastróficas, opera la excepción del cobro de las sumas correspondientes. En conclusión, existe la posibilidad de exonerar del pago de cuotas de recuperación a personas participantes vinculadas que padezcan una enfermedad catastrófica o ruinosas, lo cual es una manifestación del principio de igualdad entre los participantes vinculados y quienes se

encuentran afiliados al sistema de seguridad social en salud.

Referencia: expediente T-1080514

Acción de tutela instaurada por Ana María Guerra Rendón como agente oficiosa de su hermano Daniel Felipe Guerra Rendón contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, con citación oficiosa del Hospital Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín y la Alcaldía del Municipio de Andes -Antioquia-.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D. C., catorce (14) de julio de dos mil cinco (2005).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados JAIME ARAÚJO RENTERÍA, ALFREDO BELTRÁN SIERRA y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Ana María Guerra Rendón en calidad de agente oficiosa de su hermano Daniel Felipe Guerra Rendón contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones.

La señora ANA MARÍA GUERRA RENDÓN, obrando como agente oficiosa de su hermano, DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN, de 14 años de edad presenta acción de tutela el día 20 de diciembre de 2004, contra la DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA, con citación oficiosa del HOSPITAL PABLO TOBÓN URIBE de la ciudad de Medellín y la ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE ANDES -ANTIOQUIA-, con base en los siguientes hechos:

1. El niño DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN padece la enfermedad de hemofilia severa tipo A, la cual es causa de varias deficiencias en su cuerpo, tales como: hemartrosis y sangrados múltiples en rodillas y codos, edemas progresivos de rodillas y de codos, limitación funcional severa de hombro, compromiso articular severo.

2. Afirma que en el momento de presentar la acción de tutela el niño se encuentra en cuidados especiales en el Hospital Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín en donde fue hospitalizado para atender un episodio clínico iniciado el día 11 de enero de 2005 consistente en: edema, dolor e incapacidad funcional en codo izquierdo y rodilla derecha.

3. Manifiesta que el menor y sus padres habitan en el Municipio de Andes, Antioquia y no cuentan con capacidad económica para cubrir el costo de las cuotas de recuperación que son exigidas con ocasión de la atención médica que debe recibir el menor. En este sentido, según se lee en el acta de audiencia pública celebrada el 19 de Enero de 2005, la accionante expresa que interpuso la tutela porque el Hospital en donde se encuentra internado el niño le cobra sumas “que se salen exhuberadamente (sic) del presupuesto familiar, ya que los ingresos mensuales de la familia están por debajo del medio mínimo mensual”.

4. Indica que el tratamiento de la enfermedad del niño comprende una serie de procedimientos médicos especializados, tales como: “manejo permanente y especializado por médico hematólogo, así como por ortopedia y traumatología, manejo permanente por odontología especializada en pacientes hemofílicos, terapias de estimulación, mantenimiento y rehabilitación, medicamentos que se encuentran por fuera del plan obligatorio de salud y/o del plan de beneficios del SISBEN, exámenes médicos que se encuentran por fuera del plan obligatorio de salud y/o del plan de beneficios del SISBEN”. En este contexto, las entidades de salud realizan el cobro de cuotas de recuperación cada vez que el niño debe acudir a alguno de los servicios de salud mencionados y el valor de las mismas no corresponde a la realidad económica de su familia.

5. Sostiene que el menor se encuentra estratificado en el nivel 3 del Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para los programas Sociales (SISBEN) y que su atención corresponde a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia. Durante la audiencia pública celebrada ante el juez de conocimiento, declara que en el momento de presentar la tutela se encuentra a la espera de un nuevo certificado de clasificación en el nivel 1 del

SISBEN.

6. Según la accionante, las cuotas de recuperación son excesivamente onerosas y frecuentes para la familia y por consiguiente, se ha afectado el mínimo vital de sus integrantes, quienes en algunas ocasiones no cuentan con recursos para sufragar gastos básicos, tales como alimentación.

7. Se lee en la demanda que por la complejidad de la enfermedad “todos los tratamientos deben realizarse en la ciudad de Medellín, lo cual para la familia representa gastos sumamente altos que son: traslados permanentes del menor y un acompañante a la ciudad de Medellín, gastos de alimentación durante la estadía, gastos de transporte urbano, gastos varios” Se señala además, que “en muchas ocasiones, debido a la falta de recursos, el niño tiene que verse privado de la atención médica requerida”.

8. La accionante expresa que a través de dos fallos de tutela anteriores, la jurisdicción ordenó que a su hermano le fueran proporcionados unos medicamentos que requería, los cuales no le habían sido suministrados.

En virtud de lo anterior, la demandante solicitó en su escrito de tutela que se le concediera protección inmediata de carácter transitorio hasta tanto el juez emitiera un fallo.

Adicionalmente, expuso las siguientes pretensiones:

1. Que se ordene a la accionada atender de manera inmediata todas las órdenes emitidas por los médicos especialistas y subespecialistas encargados de salvar la vida de su hermano, sin realizar cobro alguno de cuotas de recuperación.

1. Que se ordene el recobro de los sobrecostos en que incurra la accionada al FOSYGA, ordenando que se le reintegren los sobrecostos en un término razonable.

1. Adicionalmente, según consta en el acta de celebración de Audiencia Pública el día 19 de

Enero de 2005, solicita que el Hospital Pablo Tobón Uribe no le cobre el copago que asciende a la suma de \$1.144.500.00. ya que no tiene patrimonio familiar con el cual cubrir su costo.

2. Intervención de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

FELIPE AGUIRRE ARIAS en calidad de Secretario Seccional de Salud de Antioquia, contestó la acción de tutela de la referencia y expuso las razones por las que considera que el proceder de la entidad a la cual representa se encuentra ajustado a la ley.

En primer lugar, indica que en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995 expedido por el Ministerio de Salud, que establece las cuotas de recuperación en el régimen subsidiado del sistema de Seguridad Social en Salud, “es claro que la Dirección Seccional de Salud de Antioquia no está obligada a sufragar por el accionante la cuota de recuperación”. Asimismo, manifiesta que no existe norma que ampare el cobro posterior de la cantidad indicada y por eso, “el recobro no prosperaría”.

Finalmente sostiene que “así como el estado contribuye con lo que legalmente le corresponde, igualmente, el particular debe cumplir con lo que la ley le imponga”.

3. Coadyuvancia de la Defensoría del Pueblo Regional Antioquia.

La Defensora del Pueblo Regional Antioquia, SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE presentó escrito de coadyuvancia el día 24 de Enero de 2005 ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín, en donde solicitó al juez de conocimiento ordenar la protección de los derechos invocados por la actora del proceso en representación de su hermano, el niño DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN.

En primer lugar describe la composición de la familia del niño DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN, así como las actividades que realiza cada uno de sus integrantes. Anota que la familia se encuentra integrada por las siguientes personas: El padre del niño, quien se desempeña como agricultor trabajando al jornal de donde devenga un promedio de ciento cincuenta mil pesos mensuales (\$150.000=); la mamá del niño quien ostenta la condición de ama de casa; la hermana del menor, quien es casada y vive en Medellín con su familia; un hermano del niño que responde al nombre de Wilmar Guerra, de 21 años, quien trabajaba en

la agricultura y como consecuencia de las persecuciones de un grupo armado ilegal dejó su trabajo y se trasladó a la ciudad de Medellín; un hermano del niño, de 19 años quien estudia Administración de Empresas en la Universidad de Antioquia.

Indica también que la enfermedad de hemofilia severa y demás enfermedades del cuadro clínico mencionadas en su tutela “le originan al niño Daniel hemorragias muy continuas y espontáneas, dolores muy fuertes en las articulaciones, en el momento se encuentra semiinválido, razón por la cual tiene que andar con muletas, mantiene un desaliento total, falta de apetito, falta de desarrollo integral”.

Acerca de la condición económica de la familia del menor, la Defensoría manifiesta que la familia “vive en una casita de la Parroquia en la cual pagan \$40.000.00 pesos de arriendo a la misma parroquia, la casa no tiene acueducto ni alcantarillado, es de bahareque, el piso es en cemento roñoso, la casa cuenta con una cocina y únicamente dos piezas sin puerta (...)”.

Con base en lo anterior, la Defensoría estima que por la falta de atención oportuna y la exigencia de copagos previos para la atención, al niño DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN se le están vulnerando los derechos a la salud, a la vida y el derecho a la dignidad humana.

Finalizó su intervención solicitando al juez de primera instancia resolver la tutela “aún antes de vencerse el término para su fallo” y en consecuencia:

1. Ordenar a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia la autorización y la realización de tratamiento, exámenes, el suministro de la droga ordenada y/o demás cirugías, que se desprendan del tratamiento que se le viene suministrando al niño DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN los cuales deberán realizarse sin ningún tipo de dilación y sin exigencias previas de pago para la atención.
2. Que el costo de las mismas así como el copago que de ellas se desprenda, toda vez que estamos hablando de una enfermedad catastrófica de alto costo, y se trata de una familia imposibilitada económicamente, sean asumidos por el Fondo de Solidaridad y Garantía.
4. Intervención de la Alcaldía del Municipio de Andes Antioquia.

El Alcalde del Municipio de Andes, JULIO HUMBERTO ARBOLEDA MEJÍA presentó escrito de contestación a la solicitud de tutela interpuesta a favor del menor DANIEL FELIPE GUERRA y

se opuso a las pretensiones de la demandante en lo relacionado con el Municipio de Andes, aunque no respecto de la Secretaría Seccional de Salud de Antioquia porque a esta entidad le corresponde el servicio de salud.

En su escrito manifestó que DANIEL FELIPE GUERRA no se encuentra afiliado a ninguna Administradora del Régimen Subsidiado (A.R.S.).

Expresó que todo lo afirmado por la peticionaria Ana María Guerra Rendón “es cierto según se desprende de la documentación hospitalaria que se adjunta y lo propio sobre lo delicado de la enfermedad que padece y del tratamiento y drogas que requiere”. Señaló que la hospitalización del menor en el Hospital Pablo Tobón Uribe es un hecho cierto, e igualmente, ratificó que la enfermedad únicamente puede ser tratada en el Municipio de Medellín y por ende, implica mayores gastos para la familia.

Manifestó su desacuerdo con lo expresado en la demanda acerca del lugar donde vive la familia del paciente por cuanto la vereda que se menciona en el trámite de la acción de tutela no existe en el Municipio de Andes y de acuerdo con los datos suministrados en la ficha del SISBÉN la familia reside en el área urbana del Corregimiento de Santa Rita del municipio de Andes, que tiene agua, alcantarillado, energía, teléfono, carretera, centro de salud, escuelas y colegios y los demás servicios propios de un municipio.

Finalmente, adujo que no cuenta con elementos que le permitan “infirmar o confirmar la capacidad económica”.

5. Intervención del Hospital Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín.

El señor ANDRÉS AGUIRRE MARTÍNEZ, Director General del Hospital Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín intervino ante la Corte Constitucional y expresó que es su deber legal efectuar el cobro de las cuotas de recuperación que corresponden a la atención en salud prestada al niño DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN.

Precisó que el diagnóstico definitivo de la enfermedad que padece el menor es Hemofilia Tipo A y debe ser manejada con factor 8 recombinante tres veces a la semana con el fin de hacer prevención ante cualquier mínimo trauma que presente el menor. Advirtió que el niño ha

estado hospitalizado varias veces en la institución hospitalaria con motivo de la grave enfermedad crónica que presenta.

Finalmente, afirmó que el Hospital Pablo Tobón Uribe “es una entidad privada sin ánimo de lucro que subsiste exclusivamente por la retribución que se le hace de los servicios de salud que presta a sus pacientes y es deber tanto de las entidades territoriales, como en este caso la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, como de los usuarios asumir las obligaciones económicas del sistema, con el fin de mantener un equilibrio y la supervivencia de las Instituciones Prestadoras de los Servicios de Salud”(folios 24 y 25 del cuaderno 2).

II. PRUEBAS RELEVANTES ALLEGADAS AL EXPEDIENTE

- 1.- Copia de la Cédula de Ciudadanía de la demandante Ana María Guerra Rendón (folio 2).
- 2.- Copia del Certificado de Registro Civil de Nacimiento del niño DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN, el día 12 de agosto de 1990 (folio 3).
- 3.- Copia del Certificado expedido por el Municipio de Andes Antioquia, Secretaría de Salud y Bienestar Social de fecha 28 de Abril de 2004, donde consta que el niño DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN se encuentra registrado en la base de datos del SISBEN, en la ficha 2797 con puntaje 39 nivel tres (3) del Área Rural del Municipio de Andes; que DANIEL FELIPE GUERRA no se encuentra afiliado a ninguna A.R.S. (folio 4).
- 4.- Copias del diagnóstico de atención de urgencias de fecha enero 13 de 2005 e historia clínica del paciente Daniel Felipe Guerra Rendón emitidas por el Hospital Pablo Tobón de Medellín en donde informa sobre paciente que ingresa con hemofilia tipo A con hemartrosis de codo izquierdo y rodilla derecha (folios 15 a 18 y folios 20 a 23).
- 5.- Copia del informe de presupuesto correspondiente al 30% del valor de los servicios médicos por la cuantía de \$1.144.500.00 expedido por el Hospital Pablo Tobón Uribe de Medellín, de fecha Enero 11 de 2005, en donde se indica que este servirá con el fin de que el paciente y sus familiares tengan una base para conseguir su aporte económico para el hospital. Establece que el presupuesto no es igual al aporte que el paciente y su familia darán, puede variar y ser mayor si el paciente requiere servicios diferentes a los

programados y que “no cubre medicamentos no POS ni gastos personales” (folio 6).

6.- Copia del fallo de tutela proferido por el Juzgado 16 Civil del Circuito de Medellín, de fecha 6 de Mayo de 2004, en donde se ordena a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia autorizar el suministro del medicamento Feiba que le fue ordenado al menor DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN (folios 38 a 41).

7.- Copia del fallo de tutela de 7 de Mayo de 2004, proferida por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín en la cual se ordena a la Dirección Seccional de Salud suministrar al menor DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN, Factor VIII Liofilizado que requiere de manera urgente y brindar el tratamiento integral que derive de su enfermedad (folios 42 al 50).

8.- Copia de cuenta de servicio clasificado emitida por el Hospital General de Medellín Luz Castro de Gutierrez, de fecha Septiembre 13 de 2004, por la suma de \$839.315.00 (folio7).

9.- Copia de factura por los servicios de salud suministrados en la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paul de la ciudad de Medellín, de fecha Abril 21 de 2004, por la suma de \$900.016.00 (folio 14).

10.- Copia de recibos de servicios realizados durante el mes de Septiembre del año 2004 en el Hospital General de Medellín “Luz Castro de Gutierrez”, por el monto de \$234.685.00 y en el Hospital Pablo Tobón Uribe de Medellín por las sumas de \$30.006.00 y \$97.017.00 (folios 10, 12 y 13).

11. Oficio SPD 235 de fecha 13 de mayo de 2005 suscrito por la señora María Cristina Saldarriaga, Auxiliar Administrativa de la Secretaría de Planeación e Infraestructura del Municipio de Andes en el cual informa que DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN está inscrito en el SISBEN de Andes, en la ficha 2797, puntaje 39, Nivel 3 del área rural centro poblado, no se encuentra afiliado a ninguna A.R.S. ya que uno de los requisitos para gozar de este beneficio, es pertenecer al nivel 1 ó 2 (folios 30 y 31).

III. TRÁMITE PROCESAL

1. Admisión de la solicitud.

Por medio de providencia de enero 18 de 2005, el Juez Séptimo (7) Civil del Circuito de Medellín, admitió la acción de tutela instaurada por la señora ANA MARÍA GUERRA RENDÓN, y resolvió denegar la orden solicitada como medida provisional por no cumplirse los presupuestos del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991.

El auto decretó unas pruebas y fue notificado a la entidad accionada el día 19 de enero de 2005.

2. Trámite adelantado por la Corte Constitucional.

Revisado el expediente de tutela, así como la situación que motivó la presentación de la acción, el Magistrado Ponente profirió auto de fecha mayo 3 de 2005 en el cual ordenó poner en conocimiento de la Alcaldía del Municipio de Andes -Antioquia-, así como del Hospital Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín la solicitud de tutela a fin de que se pronunciaran y ejercieran sus derechos de defensa y contradicción. Asimismo, le ordenó al Municipio de Andes informar si el niño DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN se encuentra afiliado a alguna A.R.S. y en caso afirmativo indicar el nombre.

IV. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

La sentencia única de instancia proferida por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín declaró improcedente la acción de tutela impetrada por estimar que durante el trámite no se comprobó que la exigencia de las cuotas de recuperación le impidiera al menor acceder a la atención médica que requería.

En relación con la solicitud de exoneración del pago de las cuotas, señaló que la instancia de tutela no modifica los montos de las cuotas moderadoras y que, de acuerdo con la demanda y la declaración posterior de la demandante fue posible establecer que la accionante ya estaba realizando los trámites necesarios para variar la clasificación del menor en el SISBEN, acorde a la situación económica de la familia.

Finalmente, sostuvo el fallador de instancia que la solicitud de la demandante desdibuja el principio de solidaridad del Estado Social de Derecho y por ende, ocasionaría el desequilibrio de las cargas a las cuales están obligadas las entidades del Estado encargadas de prestar el

servicio de salud, como las demás personas que aportan a la seguridad social, quienes contribuyen según su capacidad económica en un porcentaje establecido para proteger a la comunidad más vulnerable.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar la sentencia proferida en el asunto de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9º., de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico a resolver.

Vistos los hechos que motivaron la presentación de la acción de tutela, la Corte analizará en este asunto si el cobro de las cuotas de recuperación correspondientes a la atención médica especializada que debe recibir un niño de 14 años que padece hemofilia severa, quien no cuenta con recursos mínimos para cubrir el costo de su tratamiento, vulnera sus derechos a la salud, la vida y la seguridad social.

Es decir, si por vía de tutela es posible ordenar a una entidad encargada de prestar servicios médicos a personas no afiliadas al sistema de seguridad social en salud, abstenerse de exigir el pago de cuotas de recuperación, que superan la capacidad económica de un menor con 14 años de edad víctima de una enfermedad grave.

Para resolver el asunto, la Corte (i) establecerá cuál es el alcance del derecho a la salud de los niños, (ii) analizará la procedencia de la tutela en casos en los cuales se solicita la exoneración de cuotas de recuperación que deben pagar los participantes vinculados en el sistema de seguridad social en salud.

3. Reiteración de jurisprudencia: Carácter fundamental del derecho a la salud de los niños.

3.1. La Constitución Colombiana, establece que la salud es un derecho y un servicio público cuyo acceso debe ser regulado a través de la ley. Es así como, de acuerdo con su artículo 49, el Estado debe garantizar a todas las personas “el acceso a los servicios de promoción,

protección y recuperación de la salud”. De igual manera, a la luz del artículo 44 de la Constitución, el derecho a la salud y las prestaciones que comprende adquieren un carácter fundamental por sí mismas en relación con la infancia¹, la cual es un grupo de especial protección constitucional.

A partir del artículo 44, la Corte Constitucional ha explicado que el derecho a la salud de los menores es objeto de una protección constitucional reforzada². Igualmente, que la fundamentalidad del derecho a la salud, cuando se trata de población infantil, conlleva el deber de otorgar de manera pronta, eficiente y eficaz la atención médica requerida³.

Importa señalar que el rango fundamental consagrado para el derecho a la salud de la infancia se encuentra sustentado en la prevalencia que los tratados internacionales de derechos humanos le otorgan a los derechos de los niños. Algunos de estos instrumentos son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado mediante la Ley 74 de 1968, y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño aprobada mediante Ley 12 de 1991 la cual prescribe que la niñez tiene “derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud” 5.

3.2. De otra parte, este Tribunal ha delimitado el contenido esencial⁶ del derecho a la salud cuando se trata de niños. Con fundamento en esta definición, ha establecido los criterios que permiten brindar protección constitucional, a través del ejercicio de la acción de tutela cuando se afecta el núcleo esencial⁷: (i) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores, (ii) la situación que se reprocha no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada y, (iii) la ausencia de prestación del servicio coloca en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del infante o su proceso de aprendizaje o socialización.

En virtud de los criterios anteriormente expuestos, ha sido posible disponer protección incondicional y de carácter inmediato a favor de la niñez cuando las condiciones mínimas para disfrutar de su derecho a la salud se encuentran alteradas. En estas situaciones, el juez constitucional tiene el deber de proteger el derecho a la salud y ordenar la práctica de tratamientos médicos que en principio no se encuentran cubiertos por los planes obligatorios de salud en el régimen contributivo (POS) o subsidiado (POS-S), ordenar que se le confiera a un niño un determinado tratamiento y bajo determinadas circunstancias, extender la

protección constitucional a casos en los cuales no se encuentra probada la incapacidad económica de los padres de un menor⁸.

3.3. Asimismo, como consecuencia de la protección constitucional reforzada reconocida del derecho a la salud de los niños, es necesario señalar algunas reglas que deben ser observadas por los profesionales y las instituciones que prestan servicios de salud, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado. Algunas de las directrices que ha construido la Corte y resultan relevantes para el asunto bajo examen pueden ser sintetizadas de la siguiente manera:

1. Las instituciones de salud no pueden oponer obstáculos de tipo legal ni económico para el tratamiento médico de un niño que padece enfermedades catalogadas como ruinosas o catastróficas⁹.

1. La obligación de brindar atención preferente y especializada a los niños prevalece aún cuando existe un pronóstico no favorable de curación¹⁰.

1. Los servicios médicos de salud deben ser prestados respetando el principio de continuidad¹¹.

En primer lugar, para la Corte es claro que el deber de garantizar atención médica a los menores de edad que padecen enfermedades catastróficas implica de un lado, que las entidades prestadoras de servicios de salud no pueden denegar un servicio de salud con fundamento en requisitos tales como la no pertenencia de un medicamento o servicio médico al Plan Obligatorio de Salud y de otro lado, que es violatorio del derecho a la salud de los niños exigir de pagos moderadores específicamente copagos, en casos en los cuales los niños sufren enfermedades ruinosas¹². En este contexto, la Corte¹³ ha explicado que, “a través de la acción de tutela se concede el amparo del derecho fundamental a la salud a quienes no tienen capacidad de pago y que requieren la atención en salud”.

En segundo lugar, la Corte ha estimado que no obstante el diagnóstico desfavorable de curación o la naturaleza crónica de una enfermedad de un infante, subsiste la obligación de

brindar los tratamientos médicos especializados que sean necesarios. Como consecuencia de esta premisa, la falta de certidumbre sobre el resultado de terapias de rehabilitación, especialmente en casos en que los niños sufren lesiones cerebrales, no puede admitirse como causal para suspender el servicio de salud¹⁴.

En tercer lugar, en virtud del principio de continuidad¹⁵, la Corte ha dispuesto la protección de la salud de niñas y niños que necesitan recibir un tratamiento médico de manera ininterrumpida. La finalidad de esta cláusula es garantizar que los servicios de salud sean prestados sin interrupción y tiene fundamento en la eficiencia con la cual debe prestarse el servicio público y en el principio de confianza legítima¹⁶.

El principio ha sido objeto de aplicación tanto en el régimen de salud contributivo, como en el subsidiado. Por ejemplo, la Corte ha señalado que la ausencia de pago de las sumas de dinero necesarias para cubrir el costo de un tratamiento médico no es excusa para retirar a una persona del servicio de salud¹⁷. De manera similar, esta corporación invocó el principio de continuidad con ocasión de un caso en el cual quien instauró la tutela recibía atención a través del régimen subsidiado de salud. En dicha oportunidad, ordenó a la Secretaría de Salud del municipio demandado iniciar “las diligencias pertinentes para la asignación de una A.R.S. a la peticionaria de acuerdo a los cupos disponibles para ello, y teniendo en cuenta que la enfermedad que padece está catalogada de ruinosa y catastrófica, cuya atención no puede ser suspendida, en aras de preservar el principio de continuidad en el servicio de salud¹⁸”.

Adicionalmente, la Corte ha afirmado que la decisión de suspender un servicio de salud, aún con fundamento en una disposición legal, es “desproporcionada e injusta”¹⁹ con mayor razón cuando resulta perjudicada la vida de un menor.

3.4. Finalmente, importa señalar como lo hizo esta Corporación en la sentencia T-338 de 2005²⁰, que el Estado se encuentra en la “obligación de garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir todas las necesidades de los menores de edad”. En consecuencia, el Estado debe utilizar los recursos necesarios en aras de hacer efectivos cada uno de los criterios esenciales que comprende el derecho a la salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad²¹.

4. Acceso al servicio público de salud. Régimen legal de las cuotas moderadoras, los copagos y las cuotas de recuperación.

4.1. En atención a la capacidad económica de las personas, el legislador definió dos regímenes dentro del sistema de seguridad social en salud, a saber: el régimen contributivo y el régimen subsidiado. Las personas que acceden a estos sistemas lo hacen en calidad de afiliados o beneficiarios.

Del mismo modo, la ley reconoce que existe un grupo de población que recibe los servicios de salud, a cargo del sistema de seguridad social en salud aun cuando no se encuentran afiliados a alguno de los regímenes anteriormente mencionados. Este grupo no posee capacidad de pago para afiliarse al régimen contributivo y las personas que lo integran no han sido afiliadas a una Administradora del Régimen Subsidiado (A.R.S). De acuerdo con la Ley 100 de 1993, artículo 157, éstas personas reciben el título de “participantes vinculados”.

“ Artículo 157. Tipos de Participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

“A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

“ (...)

“B. Personas vinculadas al Sistema.

“Los participantes vinculados 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.

“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.

(...)”.

Sobre la diferencias existentes entre los regímenes de seguridad social en salud, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse a través del fallo C-130 de 2002 en donde consideró que “la distinta situación material en que se encuentran las personas que deben afiliarse al régimen contributivo frente a las que deben hacerlo al régimen subsidiado justifica plenamente la creación de los dos (2) regímenes establecida por el legislador, pues los primeros contribuyen al sistema por tener capacidad de pago para aportar, mientras que los segundos están exentos de ese deber por carecer de medios económicos para hacerlo”.

Empero, en la misma providencia la Sala estimó que no todo el sistema de salud está determinado por la capacidad económica de las personas, y que existe un mínimo de servicios que tiene que ser igual para todos “pues también se aplica el principio de la solidaridad, en virtud del cual quienes no tienen recursos económicos para cotizar al sistema reciben la atención en salud y son beneficiados con los recursos que se reciben a través del FOSYGA cuya finalidad es garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos²²”.

Y también señaló: “no siempre la capacidad de pago es condición para acceder al derecho a la salud porque hay circunstancias en las cuales la salud debe protegerse aunque no haya capacidad de pago, como lo ha hecho la Corte en muchos casos en que a través de la acción de tutela se concede el amparo del derecho fundamental a la salud a quienes no tienen capacidad de pago y que requieren la atención en salud”. En igual sentido, en la sentencia T - 935 de 2002, la Corte precisó que si bien es cierto que las exigencias de tipo económico y administrativo para la prestación del servicio de salud tienen un fundamento constitucional, en la medida en que garantizan su eficiente prestación, “éstas llegan hasta donde el derecho fundamental a la vida de los pacientes no se vea seriamente comprometido”.

Como consecuencia de lo anterior, para los efectos del presente proceso resulta claro que todas las personas que se encuentran en situación de participantes vinculadas tienen derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones de la red

hospitalaria pública y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado²³. Asimismo, quienes no se encuentran afiliados al régimen contributivo o subsidiado reciben atención en salud, en calidad de participantes vinculados por parte de las entidades que tienen contrato con el Estado y los gastos son cubiertos mediante recursos de solidaridad provenientes del FOSYGA.

4.2. De manera complementaria, en la legislación se encuentran previstas las cuotas económicas que deben ser cubiertas por las personas beneficiarias del sistema de seguridad social en salud. Dichas disposiciones son el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 2357 de 1995, el Acuerdo 30 de 1996 subrogado por el Acuerdo No. 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el Acuerdo 117 de 1998 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y el Decreto 806 de 1998.

4.2.1. El artículo 187 de la Ley 100 de 1993 establece los pagos que deben efectuar los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo o subsidiado de salud dentro de los cuales se encuentran pagos moderadores que comprenden los pagos compartidos, las cuotas moderadoras y deducibles -copagos-. También señala que en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres y que, tales pagos serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica.

4.2.2. Por su parte, el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995 “Por medio del cual se reglamentan algunos aspectos del régimen subsidiado de seguridad social en salud”, definió las cuotas de recuperación como “los dineros que debe pagar el usuario directamente a las instituciones prestadoras de servicios de salud”. El mismo artículo determinó el porcentaje del valor de los servicios que debe ser pagada por la población no afiliada:

“2. La población no afiliada al régimen subsidiado identificada en el nivel 1 del Sisben o incluidas en los listados censales pagarán un 5% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente por la atención de un mismo evento y en el nivel dos del Sisben pagarán un 10% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

“3. Para la población identificada en el nivel 3 de Sisben pagará hasta un máximo del 30% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes por la atención de un mismo evento.

(...)”.

4.2.3. El Acuerdo 30 de 1996 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) , subrogado por el Acuerdo 260 de 200424, precisó que las cuotas moderadoras se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, en tanto que los copagos se aplican únicamente a los “afiliados beneficiarios”. Asimismo, en virtud del artículo 11, “los beneficiarios del régimen subsidiado contribuirán a financiar el valor de los servicios de salud que reciban, a través de copagos establecidos según los niveles o categorías fijadas por el Sisbén (...)”. Importa resaltar que el artículo 7 numeral 4º consagra la excepción del cobro de copagos en relación con los servicios prestados por enfermedades catastróficas o de alto costo.

Finalmente, el artículo 32 del Decreto 806 de 1998 reitera que tienen la calidad de vinculadas al sistema las personas sin capacidad de pago, mientras son afiliadas al régimen subsidiado.

En virtud de dicha normatividad es posible enunciar algunos criterios sobre los pagos que deben sufragar las personas afiliadas, las beneficiarias y aquellas que se encuentran en calidad de participantes vinculadas: (i) los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud están sujetos a pagos moderadores; (ii) los afiliados mediante el régimen subsidiado pagan un porcentaje de acuerdo con el nivel en el que hayan sido clasificados; (iii) no están sujetos a copagos por parte de los afiliados, los servicios relacionados con enfermedades catastróficas o ruinosas; (iv) las personas que ostentan la calidad de participantes vinculadas están sometidas a las cuotas de recuperación en todos los eventos; (v) la cuantía de las cuotas de recuperación depende del nivel de calificación de las personas en el SISBEN.

En consecuencia, en términos de la normatividad vigente la excepción del cobro de copagos para los afiliados al sistema que padezcan enfermedades ruinosas o catastróficas no es aplicable en relación con los participantes vinculados que se encuentran en la misma situación.

Con todo, esta Corporación ha sostenido que dicha postura genera un tratamiento diferenciado entre afiliados y vinculados que es discriminatorio e injustificado. Por este

motivo, en algunos eventos ha decidido que la excepción vigente para los afiliados debe ser extendida a los participantes vinculados. A partir de estas consideraciones, en la sentencia T-411 de 2003 estimó que “carece de sentido que a los afiliados mediante el régimen contributivo, los que se hallan en capacidad de pagar sus cotizaciones, se los exonere de tales pagos y no se haga lo mismo con las personas vinculadas pese a no contar con tal capacidad”.

Recientemente, a través del fallo T- 548 de 2005²⁵ esta Sala constató la vulneración del derecho a la igualdad de una persona, a quien en calidad de participante vinculada al sistema de seguridad social en salud, se le exigía el pago de una cuota de recuperación para el tratamiento de la enfermedad de alto costo que padecía, de la cual están exonerados los afiliados al sistema (SGSSS).

Así las cosas, cuando se trate de brindar tratamientos a personas que sufren enfermedades ruinosas o catastróficas²⁶, opera la excepción del cobro de las sumas correspondientes.

En conclusión, existe la posibilidad de exonerar del pago de cuotas de recuperación a personas participantes vinculadas que padezcan una enfermedad catastrófica o ruinosas, lo cual es una manifestación del principio de igualdad entre los participantes vinculados y quienes se encuentran afiliados al sistema de seguridad social en salud.

5. Análisis del caso concreto.

5.1. De acuerdo con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991²⁷ “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, la agencia oficiosa representa la posibilidad de solicitar la protección de derechos fundamentales de otra persona que se encuentra en una situación de indefensión, que le impide invocar directamente la protección de sus derechos fundamentales.

En el presente caso, la señora ANA MARÍA GUERRA RENDÓN acude a la jurisdicción en calidad de hermana del niño DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN, quien se encuentra en situación de indefensión producida por la enfermedad que padece. Si bien es cierto la peticionaria no invocó de manera expresa su calidad de agente oficiosa, de conformidad con el material probatorio allegado al expediente, esta Corporación verificó que los requisitos para reconocer la agencia oficiosa tácita en el trámite de la acción de tutela fueron cumplidos²⁸.

En primer lugar, del escrito de tutela presentado por la accionante, puede inferirse que se busca la protección de derechos fundamentales de una persona determinable, el niño DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN; segundo, el menor no podría haber invocado la defensa de su derechos toda vez que es un niño de 14 años y en el momento en el que se presentó la acción se encontraba hospitalizado recibiendo atención médica; y tercero, el ejercicio de la acción de tutela objeto de trámite no lesiona derechos del agenciado y por el contrario, pretende la protección de su integridad.

Por tal razón, se reconocerá a la señora Ana María Guerra Rendón como agente oficiosa de su hermano.

5.2. En la controversia planteada, la accionante considera que el cobro de las cuotas de recuperación que exige la institución hospitalaria en virtud de la atención médica brindada a su hermano vulnera los derechos del menor a la vida, la salud, los derechos de los niños y el derecho a la igualdad. Adicionalmente, manifiesta que esta situación afecta el disfrute del derecho al mínimo vital de su familia, que no cuenta con recursos económicos para cubrir el costo que dichos tratamientos generan, toda vez que se encuentra en un nivel de pobreza inferior a aquel establecido por las entidades administradoras del SISBEN.

La institución accionada, así como las otras entidades que fueron vinculadas oficiosamente en el trámite de la acción de tutela consideraron de manera general que se encontraban cumpliendo cabalmente sus obligaciones legales en materia de salud y que de acuerdo con la normatividad vigente específicamente, el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995, el paciente debía efectuar el pago de las cuotas de recuperación correspondientes a la atención en salud brindada para atender su enfermedad, de conformidad con el nivel de SISBEN en el que se encontraba calificado.

El juez que conoció la solicitud de amparo constitucional indicó que de acuerdo con las pruebas allegadas durante el proceso, el niño ha recibido la atención médica necesaria y la entidad accionada ha sufragado los gastos que le corresponden. Estimó que la acción de tutela no es el mecanismo para lograr una modificación en los montos exigidos como consecuencia de la atención en salud. Además, que no es posible conceder la exoneración total de los pagos toda vez que significaría ir en contra del principio de solidaridad que rige el Estado Colombiano.

De otro lado, a la luz de la jurisprudencia constitucional analizada y de las consideraciones expuestas por esta Sala puede destacarse que el derecho a la salud de los niños es fundamental y por eso, puede ser objeto de protección constitucional inmediata. Igualmente, importa recordar que el principio de solidaridad social es una herramienta para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales especialmente, cuando se trata de proteger a personas en situación de debilidad manifiesta por ende, su aplicación permite que quienes sufren enfermedades catastróficas y no cuentan con recursos económicos para cubrir su costo, sean exonerados de los copagos si se encuentran afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado.

5.3. En el presente asunto se encuentra acreditado que (i) el menor Daniel Felipe Guerra Rendón es un menor de edad (folio 3), (ii) que padece Hemofilia Severa Tipo A, motivo por el cual ha sido hospitalizado en varias oportunidades y debe recibir periódicamente dosis de ciertos medicamentos (folios 15 a 18, cuaderno principal y folio 23, cuaderno 2); (iii) que se encuentra clasificado en el nivel 3 del SISBEN con un puntaje de 39 (folio 4); (iv) que no se encuentra afiliado a una entidad Administradora del Régimen Subsidiado A.R.S. (folio 28, cuaderno 2).

En primer lugar, la fecha de nacimiento de Daniel Felipe Guerra Rendón permite establecer que se trata de un niño de 14 años, razón por la que es sujeto de especial protección constitucional y su derecho a la salud es directamente de carácter fundamental, tal como fue explicado en el numeral 3 de las consideraciones de este fallo. En consecuencia, el juez constitucional debe proteger el derecho a la salud de manera inmediata sin necesidad de establecer conexidad con otros derechos fundamentales.

En segundo lugar, la Hemofilia Severa Tipo A que afecta a Daniel Felipe es una enfermedad grave, origen de episodios clínicos que deben ser atendidos de urgencia, según fue informado por la parte accionante y confirmado por el Hospital Pablo Tobón Uribe de Medellín, ente que durante el trámite de la acción de tutela se encontraba prestando atención médica al menor (folio 23 cuaderno 2). Por consiguiente, el padecimiento del menor puede ser catalogado como enfermedad ruinosa, cuya característica principal es la cronicidad de los síntomas, la necesidad de otorgar tratamientos especializados y, el alto

costo de los medicamentos, así como de los procedimientos que pueden ser implementados para enfrentarla²⁹.

En tercer lugar, como resultado de la calificación en el nivel 3 de SISBEN el menor Daniel Felipe no se encuentra afiliado a una Administradora del Régimen Subsidiado A.R.S., y por ello, recibe los servicios de salud en calidad de participante vinculado del sistema de seguridad social en salud a través de la red hospitalaria pública o de las entidades privadas que tienen contrato con el Estado. La calificación en el nivel 3 del SISBEN le impide al menor afectado acceder como afiliado a una A.R.S.³⁰ como lo afirmó la Secretaría de Planeación y Obras Públicas del Municipio de Andes (Antioquia) refiriéndose al caso objeto de estudio: “El joven Daniel Felipe Guerra Rendón esta inscrito en el SISBEN de Andes con la ficha 2797 puntaje 39 nivel 3 del área rural centro poblado, no se encuentra afiliado a ninguna administradora del régimen subsidiado ya que uno de los requisitos para gozar de este beneficio, es pertenecer al nivel 1 o 2” (Folio 30, cuaderno 2).

5.4. La enfermedad que padece el menor Daniel Felipe Guerra Rendón conlleva situaciones críticas de dolor e incapacidad física que deben ser atendidas de manera urgente por médicos especialistas. Por esa razón, el joven debe trasladarse desde del Municipio de Andes hacia la ciudad de Medellín en donde existe capacidad hospitalaria para suministrar tratamiento adecuado y oportuno. En consecuencia, la enfermedad del niño le ha generado gastos frecuentes y elevados a su familia, tal como consta en las facturas de cobro de servicios médicos y algunos recibos de pago emitidos por diferentes instituciones de salud de la ciudad de Medellín, en donde Daniel Felipe Guerra ha sido atendido.

En efecto, de acuerdo con los documentos que allegados al expediente, las sumas cobradas a la familia del menor durante el año 2004 ascendieron a \$2.206.339.00³¹. A este valor debe agregarse el costo de transporte del niño y una persona acompañante desde su lugar de residencia en la zona rural del Municipio de Andes hasta la ciudad de Medellín e igualmente, el valor de la estadía y la alimentación del acompañante durante el tiempo de permanencia del menor en el hospital.

Asimismo, la peticionaria informó que “son muchas las ocasiones en que por falta de recursos para el transporte resulta imposible trasladar a mi hijo (sic) de manera oportuna”,

de la misma manera en su escrito de demanda se lee que: “son muchas las ocasiones en las cuales mi hijo (sic) por falta de recursos, tiene que verse privado de la atención médica requerida”(folio 28).

De otro lado, la Sala advierte que cuando la señora Ana María Guerra Rendón instauró la presente acción de tutela, el Hospital Pablo Tobón Uribe estaba prestando los servicios de salud a su hermano, bajo la condición del pago del 30% de los costos de la atención médica que fueron estimados en \$1.144.500.00 según la certificación de presupuesto emitida por el Hospital, cuya copia obra en el expediente (folio 6).

Esta situación contrasta con la precariedad de recursos económicos de la familia Guerra Rendón, según fue manifestada por la peticionaria en su escrito de solicitud de tutela, reafirmada en la audiencia pública llevada a cabo a instancias del juez de conocimiento y posteriormente, constatada por la Defensoría del Pueblo en el curso del proceso.

En el escrito de tutela la peticionaria argumentó la precaria situación económica de su familia y por consiguiente, la imposibilidad de cancelar las cuotas de recuperación exigidas por el centro hospitalario Pablo Tobón Uribe. Textualmente manifestó: “Tal como se puede apreciar somos personas campesinas, las cuales no poseemos capacidad económica” (folio 6). Luego, durante la audiencia pública de fecha Enero 19 de 2005 afirmó que su padre es agricultor y que el costo de los servicios médicos brindados por el hospital “salen exhuberadamente (sic) del presupuesto familiar” (folio 36). Por su parte, la Defensoría del Pueblo -Regional Antioquia- manifestó que el padre de Daniel Felipe devenga un salario promedio de \$150.000.00 pesos mensuales (folio 51) y de manera similar, la Secretaría de Planeación e Infraestructura del Municipio de Andes informó, en relación con la familia Guerra Rendón, que según la ficha “los únicos ingresos que perciben mensualmente son \$118.000.00 pesos” (folio 31, cuaderno 2).

En relación con las condiciones de la vivienda, quien instauró la acción afirmó que su núcleo familiar habita en zona rural del Municipio de Andes. De conformidad con el escrito remitido por la Defensoría, “la familia vive en una casita de la Parroquia en la cual pagan \$40.000= pesos de arriendo a la misma parroquia, la casa no tiene acueducto ni alcantarillado, es de bahareque, el piso es en cemento roñoso, la casa cuenta con una cocina y únicamente dos

piezas sin puerta (..)” (folio 52).

Igualmente, la Alcaldía de Andes informó que la familia está integrada por el padre, la madre y cuatro hijos. A continuación indica que “El niño vive en el municipio de Santa Rita, pagan arriendo, el material predominante en las paredes exteriores de la vivienda es tapia pisada o adobe, el piso es de cemento, el techo de teja de barro, zinc, asbesto-cemento, sin cielo raso; cuentan con servicio de energía, inodoro conectado a alcantarillado, acueducto y la basura la recogen los servicios de aseo. Tienen nevera, televisor y licuadora. La casa consta de dos cuartos exclusivos para dormir y uno para dormir y otros usos”.

En atención a lo anterior, para esta Sala de Revisión es claro que las cantidades correspondientes al copago del tratamiento médico exceden los ingresos mensuales de la familia del menor los cuales son inferiores a un salario mínimo mensual vigente. Además de la diferencia entre la proporción de los ingresos familiares y los gastos médicos, la situación de la vivienda y los servicios básicos que recibe la familia Guerra Rendón permiten concluir a esta Sala que se trata de una familia de escasos recursos que no cuenta con los medios económicos suficientes para cubrir el costo de la atención médica especializada de su hijo menor.

Así pues, en el presente caso el juez de conocimiento no podía ignorar las declaraciones de la solicitante acerca de la escasez de recursos de la familia para sufragar la cuantía de las cuotas de recuperación exigidas, teniendo en cuenta que dicha declaración no fue desvirtuada en el proceso por la entidad accionada³². Igualmente, le correspondía al fallador otorgar valor probatorio al escrito de coadyuvancia allegado oportunamente al trámite del proceso por la Defensoría del Pueblo en donde refiriéndose a las condiciones socioeconómicas de la familia, destacó que el niño no cuenta con los recursos necesarios y además, que “se trata de una familia imposibilitada económicamente” (folio 53). La valoración de esta información le hubiese permitido al juzgado único de instancia concluir la existencia de una circunstancia especial de debilidad manifiesta y vulnerabilidad que debía proteger.

5.5. Asimismo, el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín contaba con una razón adicional para otorgar la protección solicitada debido a la enfermedad catastrófica que aqueja al menor DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN.

Esta posibilidad ha sido contemplada por la Corte Constitucional en ocasiones anteriores en las que en virtud del principio de solidaridad social vigente en el Estado colombiano³³ ha autorizado que se exonere de copagos a personas afiliadas al sistema que padecen enfermedades catastróficas.

De manera consecuente con este razonamiento, la Corte ha sostenido que existe un tratamiento discriminatorio e injustificado entre las personas afiliadas al sistema de seguridad social en salud y los participantes vinculados, al permitir la exoneración del pago a los primeros y no autorizar lo mismo a los segundos, cuando en ambos casos se trata de personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas.

Por ese motivo, el no conferir la protección en sede constitucional de los derechos fundamentales del niño DANIEL FELIPE GUERRA fue contrario al principio constitucional de igualdad desarrollado a través de los pronunciamientos de esta Corporación, en donde se reiteró que si es posible exonerar de copagos a las personas afiliadas al régimen contributivo o subsidiado que padecen enfermedades catastróficas, con mayor razón esta prerrogativa procede a favor de personas que se encuentran en calidad de participantes vinculados, quienes no cuentan con recursos para cubrir el costo de los servicios prestados.

Así las cosas, la Corte Constitucional considera que en este caso, la cláusula de no discriminación y la concurrencia de dos hechos relevantes, como son la incapacidad económica de la familia y la enfermedad catastrófica que ataca al menor permiten inaplicar el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995 que establece las cuotas de recuperación y conceder la exoneración del pago de dichas cuotas con ocasión de los servicios médicos que se requieran.

Vistas entonces las circunstancias que motivaron la presentación de la tutela con fundamento en las anteriores consideraciones concluye la Sala que la sentencia dictada por el juzgado único de instancia debe revocarse y en su lugar, conceder la protección solicitada del derecho a la salud y la igualdad.

5.6. Por otra parte, de conformidad con las pruebas allegadas, la Sala advierte que la calificación en el nivel 3 de SISBEN implica que el menor no puede ser afiliado al sistema subsidiado. Sin embargo, como se ha comprobado en el análisis de las circunstancias del caso, la familia GUERRA RENDÓN es de escasos recursos y no cuenta con los medios

necesarios para acceder al sistema de salud a través del régimen contributivo de salud. En la situación actual, el menor únicamente puede recibir la atención médica que demanda su enfermedad en calidad de participante vinculado.

En efecto, la peticionaria señaló que la calificación no corresponde a la realidad económica de la familia y por este motivo, en el momento de presentar la acción de tutela se encontraba a la espera de una nueva certificación del SISBEN mediante la cual el núcleo familiar del niño Guerra Rendón sería reclasificado en el nivel 1.

No obstante, en el trámite de la acción de tutela la Sala observó que el Municipio de Andes, organismo encargado de atender el proceso de estratificación del SISBEN no se refirió al trámite de reclasificación y, por el contrario confirmó que según las bases de datos del SISBEN el menor se encuentra en el nivel 3.

Toda vez que esta situación le impide al niño acceder al sistema de seguridad social en salud en calidad de afiliado, la Corte procederá a ordenar al Municipio de Andes que realice las gestiones pertinentes con el fin de efectuar el proceso de reclasificación al cual se refiere la peticionaria, en aras de actualizar los datos existentes de la familia Guerra Rendón y ajustar su calificación a la situación económica real, en cuanto hubiere lugar a ello.

En este orden de ideas, el Municipio de Andes -Antioquia- deberá proceder a su afiliación, en caso de que el menor sea reclasificado en los niveles 1 o 2, en una A.R.S. que pueda encargarse de brindar la atención que requiere.

6. Conclusiones de la Corte Constitucional.

En virtud de la situación analizada, la Sala de revisión reitera que procede la tutela de los derechos fundamentales a la salud y a la igualdad del menor Daniel Felipe Guerra Rendón, en su condición de persona en situación de vulnerabilidad sujeta a una protección especial de rango constitucional.

Como se observó en las pruebas arrimadas, fueron vulnerados los derechos fundamentales por cuanto la exigencia de las cuotas de recuperación es un obstáculo para acceder a los servicios de salud que requiere el menor para la atención de su enfermedad.

La Sala tutelar los derechos invocados a favor del menor DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN. En consecuencia, revocará el fallo único de instancia que negó el amparo y en su lugar, ordenará a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia que preste los tratamientos médicos que deben ser practicados al niño sin que sean exigidos copagos por dicha atención médica.

De la misma manera, esta Corporación dictará las órdenes pertinentes al Municipio con el fin de que corrija la posible incongruencia entre la situación económica real de la familia y su nivel de clasificación en el SISBEN e igualmente, realice las acciones necesarias para que el menor acceda al régimen subsidiado de salud si hubiere lugar a ello.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la decisión adoptada el veinticuatro (24) de enero de 2005 por el Juzgado Séptimo (7) Civil del Circuito de Medellín en la cual denegó el amparo solicitado por la señora ANA MARÍA GUERRA RENDÓN en calidad de agente oficiosa de su hermano DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN dentro del trámite de la acción instaurada contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia con citación oficiosa del Hospital Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín y la Alcaldía del Municipio de Andes -Antioquia- y en su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la igualdad del niño DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN.

Segundo. ORDENAR a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia que de manera inmediata a la notificación del presente fallo preste los servicios de salud que requiere el niño DANIEL FELIPE GUERRA RENDÓN para enfrentar la enfermedad catastrófica que padece, a través del Hospital Pablo Tobón Uribe o de otra institución prestadora de servicios de salud si fuere el caso, sin que sean exigidos copagos por la atención médica que le sea brindada.

Tercero. AUTORIZAR a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia para que solicite al Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- el cubrimiento de los costos de los servicios de salud que preste al menor.

Cuarto. ORDENAR al Municipio de Andes -Antioquia- que en el término de un mes a partir de la notificación de la presente sentencia realice las gestiones y la reclasificación del núcleo familiar de DANIEL FELIPE GUERA RENDÓN si hubiere lugar a ésta, caso en el cual deberá afiliarse al menor a una A.R.S. en un plazo de 10 días contados a partir del vencimiento del primer término.

Quinto. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El carácter fundamental del derecho a la salud ha sido ratificado por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos entre los cuales pueden mencionarse las sentencias SU-043 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz, T-819 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-801 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T- 265 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentería; T-928 A de 2002 M.P. Jaime Córdova Triviño; T-1279 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T- 786 de 2001 M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T- 355 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Gálvis; T-557 de 2003 M.P. Clara Inés Varas Hernández.

2 Corte Constitucional. Sentencia T-338 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería.

3 Sentencia T-695 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

4 Otros convenios internacionales son: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley 16 de 1972 (artículo 19), Declaración de los Derechos del Niño (Principio 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ley 319 de 1996 (Artículo 16);

5 Artículo 24 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

6 El contenido esencial del derecho se encuentra referido al ámbito necesario de aplicación del derecho que no puede ser objeto de interpretaciones o delimitaciones. Sobre la preeminencia del contenido irreductible puede consultarse el Auto 029 de 1996 de la Corte Constitucional.

7 Sentencia SU-225 de 1998.

8 T - 1019 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

9 T-557 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

10 T-067 de 1994, T-204 de 1994, T-430 de 1994, T-432 de 1992, T-001 de 1995, T-020 de 1995, SU-043 de 1995.

11 T- 777 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

12 Acerca de la primacía de la obligación de los servicios de salud sobre algunas reglas de rango legal puede consultarse la sentencia T- 038 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

13 Sentencia T-130 de 2002 M.P. Jaime Araújo Rentería

14 Sobre este tema pueden observarse las sentencias T-200 de 1993, T-067 de 1994, T-001 de 1995, T-556 de 1998, T-920 de 2000.

15 T- 308 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil, "No puede dejarse al usuario, luego de que en la E.P.S. se le ha iniciado un determinado tratamiento médico, expuesto a la interrupción del mismo por efecto de su desvinculación, pues ello iría en contravía de los principios

inherentes del servicio público de salud, específicamente el de eficiencia. La entidad promotora de salud está en la obligación de proseguir con el tratamiento hasta finalizarlo cuando ello sea posible, o hasta cuando el paciente alcance una cierta estabilidad o adquiera un status que le permita acceder al servicio de salud". Sobre el principio también pueden consultarse las sentencias SU-562 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1421 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz; T- 624 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

16T- 993 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

17 SU-562 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

18 Sentencia T- 423 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Sobre el principio de continuidad pueden verse las sentencias T-224 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-974 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentería.

19 Sentencia T-935 de 2002 M.P. Jaime Araújo Rentería.

20 M.P. Jaime Araújo Rentería.

21 Los criterios que comprende el respeto del derecho a la salud fueron definidos en la Observación General No.14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Documento E/C.12/2000/4 de Agosto 11 de 2000.

22 Sobre esta consideración de la Corte Constitucional, es pertinente mencionar que el artículo 221 de la Ley 100 de 1993 establece una precisión sobre el régimen subsidiado en el siguiente sentido: "un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente Ley".

23 Sentencia C-111 de 2000 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

24 Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

25 Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería.

26 El artículo 16 de la Resolución 5261 de 1994 “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud” define las enfermedades catastróficas en los siguientes términos:

“Artículo 16. ENFERMEDADES RUINOSAS O CATASTRÓFICAS: Para efectos del presente decreto (sic) se definen como enfermedades ruinosas o catastróficas, aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y baja costo efectividad en su tratamiento.

“Artículo 17. TRATAMIENTO PARA ENFERMEDADES RUINOSAS O CATASTRÓFICAS: para efectos del presente Manual se definen como aquellos tratamientos utilizados en el manejo de enfermedades ruinosas o catastróficas que se caracterizan por un bajo costo- efectividad en la modificación del pronóstico y representan un alto costo.

Se incluyen los siguientes:

- a. Tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer.
- b. Diálisis para insuficiencia renal crónica, transplante renal, de corazón, de medula ósea y de cornea.
- c. Tratamiento para el SIDA y sus complicaciones.
- d. Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central.
- e. Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénitas.
- f. Tratamiento medico quirúrgico para el trauma mayor.
- g. Terapia en unidad de cuidados intensivos.
- h. Reemplazos articulares.

Parágrafo: Los tratamientos descritos serán cubiertos por algún mecanismo de aseguramiento y estarán sujetos a períodos mínimos de cotización exceptuando la atención

inicial y estabilización del paciente urgente, y su manejo deberá ceñirse a las Guías de Atención Integral definidas para ello.

27 El artículo 10 del decreto 2591 de 1991 señala lo siguiente: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”.

28 La Corte Constitucional ha precisado que la agencia oficiosa es procedente cuando la persona a favor de quien se solicita el amparo se encuentra individualizada. En esos casos, es necesario que quien ejerce la agencia oficiosa afirme actuar como tal. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido el ejercicio de la agencia oficiosa de carácter tácito o en ausencia de declaraciones expresas, cuando se actúa a nombre de una persona identificable que no se ve perjudicada en el ejercicio de la acción de tutela. De acuerdo con esta interpretación, el fallador debe verificar si con fundamento en la petición de tutela, en los hechos y circunstancias definidas en cada caso, es posible concluir que se está actuando en lugar de otro.

29 Estos aspectos coinciden con la definición legal prevista en la Resolución 5265 de 1994 Art. 16 según la cual las enfermedades catastróficas son aquellas que “representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento”.

30 El artículo 7 del Acuerdo 244 de 2003 del Consejo Nacional de Política Económica y Social señala lo siguiente:

“Artículo 7°. Criterios de priorización de beneficiarios de subsidios. Las alcaldías o Gobernaciones en el caso de los corregimientos departamentales, elaborarán las listas de potenciales afiliados al Régimen Subsidiado, clasificados en los niveles 1 y 2 de la encuesta Sisbén, en orden ascendente de menor a mayor puntaje y de la más antigua a la más reciente, con su núcleo familiar cuando haya lugar a ello, así como en los listados censales y se priorizará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

1. Recién nacidos.
2. La población del área rural.
3. Población indígena.
4. Población del área urbana.

En cada uno de los grupos de población, descritos en los numerales anteriores, se priorizarán los potenciales afiliados en el siguiente orden:

1. Mujeres en estado de embarazo o período de lactancia que se inscriban en programas de control prenatal y postnatal.
2. Niños menores de cinco años.
3. Población con discapacidad identificada mediante la encuesta Sisbén
4. Mujeres cabeza de familia, según la definición legal.
5. Población de la tercera edad.
7. Núcleos familiares de las madres comunitarias
8. Desmovilizados

(...)”.

31 Esta cantidad es el resultado del valor de las facturas de cobro que obran en el expediente, a saber: \$839.315.00 (folio 7); \$234.685.00 (folio 10); \$30.006.00 (Folio 12); \$97.017.00 (Folio 13); \$900.016.00 (Folio 14); \$105.300.00 (Folio 19).

32 En la sentencia T- 113 de 2002 M.P. Jaime Araújo Rentería la Corte Constitucional afirmó que corresponde a la parte demandada desvirtuar y controvertir la afirmación de incapacidad económica realizada por quien instaura la acción. Del mismo modo lo establecen las sentencias T-819 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T- 883 de 2004 M.P. Humberto Sierra Porto.

33 La Corte Constitucional explicó en la sentencia T-005 de 1995 que el principio de solidaridad y la efectividad del derecho fundamental “obran en aquellas circunstancias en las cuales la aplicación del sistema legal de derechos y obligaciones resulta disfuncional en relación con la protección de los derechos fundamentales”. Con base en la relación entre el principio y los derechos, el principio de solidaridad permite “que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de una prestación adicional por parte de entidades que han cumplido con todas las obligaciones previstas en la legislación competente”. De conformidad con este criterio es posible garantizar los servicios de salud a las personas que no cuentan con recursos económicos suficientes para acceder al sistema de seguridad social, según lo establecido en la sentencia C-130 de 2002 de esta corporación.