

Sentencia T-868/04

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Atención médica integral por cuadriplegia y sin cancelar cuota de copago

PRESUNCION DE VERACIDAD DE INCAPACIDAD ECONOMICA-Beneficiarios del SISBEN

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-917441

Acción de tutela instaurada por Arnubia Castillo contra EMSANNAR ESS.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá D.C., seis (6) de septiembre de dos mil cuatro (2004).

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado Décimo Penal Municipal de Cali, el 19 de abril de 2004.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y fundamentos de la solicitud de amparo

La señora Arnubia Castillo acudió al Juzgado Penal del Circuito (Reparto) de Cali, con el fin de interponer acción de tutela en defensa de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de su hijo Jean Haller Daza Castillo de 5 años de edad, quien se encuentra afiliado a la Empresa Solidaria de Salud EMSANNAR ESS.

En el relato ante el mencionado despacho judicial, informa que Jean Haller presenta cuadriplegia espástica razón por la cual requiere terapias de neurodesarrollo, de lenguaje, de baja visión, física y ocupacional.

Señala que para acceder a los servicios de salud, a pesar de ser el menor beneficiario del régimen subsidiado, debe hacer un copago del 10% para obtener dichas terapias, las cuales aunado al valor que representa el transporte a los diferentes institutos le genera un alto costo que no puede sufragar dada su condición de madre cabeza de familia.

Solicita se protejan los derechos de su hijo, y en consecuencia, se le brinde apoyo económico para pagar el costo de las terapias que el menor necesita, de forma tal que se le garantice su supervivencia y desarrollo integral.

2. Trámite de instancia y respuesta de la entidad accionada

Una vez sometida a reparto la solicitud de amparo constitucional correspondió su conocimiento al Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Cali, el cual ordenó notificar de la iniciación del trámite a la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca.

De igual modo, se decretó la vinculación de la A.R.S. EMSSANAR ESS para que pudiera ejercer su derecho de defensa y la ampliación de la solicitud de tutela por parte de la accionante.

2.1. Ampliación de la acción de tutela

Señaló que convive además con su otro hijo de 11 años que es estudiante y con su progenitora de 51 años de edad quien padece de discapacidad en razón a que tiene pendiente una cirugía de cadera. El sustento que prodiga a su familia lo obtiene de una venta de fritos en el andén de la casa que habita.

Respecto de la atención en salud de su hijo Jean Haller expresó que éste siempre ha sido atendido por la A.R.S. accionada puesto que le han ordenado todas las terapias y los medicamentos que ha requerido. No obstante, precisó que el conflicto radica en que para acceder a todos los procedimientos, terapias y medicamentos, tiene que cancelar un copago del 10%.

Sobre este aspecto dijo la accionante: “el niño tiene pendiente una cirugía en la cadera, pero tengo que pagar ese copago y yo no tengo plata, entonces la tutela es para que la ARS EMSSANAR no me obligue a pagar ese copago.”¹

2.2. Intervención de EMSSANAR E.S.S.

Por conducto de su asesor jurídico, la Regional Valle de la entidad accionada informó que el hijo de la accionante está inscrito en el Sistema de Beneficiarios "Sisben" y a su vez se encuentra afiliado a esa A.R.S.

Explicó que de conformidad con los Acuerdos del Consejo Superior de Seguridad Social en Salud números 72 de 1997 y 228 de 2000 y la Resolución 5261 de 1994 expedida por el Ministerio de Salud respectivamente, las terapias de rehabilitación de Neurodesarrollo, Física, Ocupacional, de lenguaje y de baja visión, se encuentran dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POSS, razón por la cual estos servicios no se le han negado al menor Daza Castillo, y por el contrario, se le han brindado todas las atenciones que ha requerido.

No obstante, en lo que se refiere a los copagos a que alude la accionante explica que en el artículo 11 del Acuerdo 30 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud se regula lo referente a las contribuciones de los afiliados dentro del régimen subsidiado, estipulándose que "para el nivel 2 de SISBEN el copago máximo es del 10% del valor de la cuenta, sin que el cobro por un mismo evento exceda de la mitad de un salario mínimo legal mensual vigente."

2.3. Intervención de la Secretaría Departamental del Valle del Cauca

Esta entidad departamental no hizo pronunciamiento sobre la acción de tutela interpuesta.

3. Remisión del expediente de tutela a otro despacho judicial

A partir de la información suministrada por la accionante en la diligencia de ampliación, el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Cali consideró que al ser EMSANNAR ESS una empresa de carácter particular, el conocimiento de la solicitud de tutela correspondía a los jueces penales municipales, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Reglamentario 1382 de 2000, en consecuencia ordenó que se repartiera el expediente entre funcionarios de dicha categoría.

4. Decisión judicial objeto de revisión

El Juzgado Décimo Penal Municipal de Cali, mediante sentencia del 19 de abril de 2004,

denegó el amparo solicitado por considerar que conforme a las pruebas recaudadas, la entidad accionada no ha amenazado ni vulnerado los derechos fundamentales invocados, puesto que nunca se le han negado los servicios que el menor ha requerido para la atención de sus problemas de salud.

En lo referente a los copagos, explicó que éstos han sido establecidos por la ley para la obtención del servicio mediante la cancelación de aportes en dinero, que corresponden a una parte del valor del servicio que se requiere y se aplican teniendo en cuenta el ingreso mensual del cotizante en salarios mínimos legales. En este sentido expresó que “el copago es un pago porcentual que deben realizar los beneficiarios del cotizante al recibir servicios médicos como hospitalización, cirugía, apoyos terapéuticos y diagnósticos de segundo nivel; son los aportes de dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema.”

Con base en lo anterior, precisó que la determinación de exonerar o no del copago del 10% a una persona por pertenecer al nivel 2 Sisben no es competencia del juez de tutela, lo cual hace improcedente la solicitud de amparo constitucional. Finalmente, sugiere a la accionante que acuda a la Secretaría de Salud Municipal encargada de clasificar a los beneficiarios del Sisben, para que sea ubicada en el estrato socio-económico de nivel 1 en el cual los copagos son más económicos.

El fallo no fue impugnado.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Problema jurídico

La Corte debe determinar si, a la luz de la Carta Política, resulta procedente la protección constitucional del derecho fundamental a la salud de un niño, cuando éste requiere no sólo de una serie de terapias sino de un procedimiento quirúrgico que a pesar de haber sido autorizado por la entidad que debe ejecutarlo, no puede recibirlo por carecer de los recursos para cancelar el copago que la ley establece.

2. Protección constitucional a las niñas y niños en el Estado social de derecho colombiano. Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional² ha sido uniforme en explicar la doble categorización que se predica de los derechos de las niñas y niños en el Estado colombiano, la cual es reconocida por el Constituyente en el artículo 44 Superior.

En efecto, se ha señalado que los derechos de los menores son fundamentales y prevalentes, características que les fueron otorgadas para propender por la efectividad de dichas garantías dadas las condiciones de vulnerabilidad e indefensión y la especial atención con que se debe salvaguardar el proceso de desarrollo y formación de los niños.³

Sobre este particular esta Corporación⁴ ha explicado que:

Por una parte, en su inicio, el artículo [44] establece que los derechos de los niños son fundamentales. Este aspecto ha sido resaltado por la jurisprudencia constitucional,⁵ dándole las consecuencias propias que en materia de protección y goce efectivo supone tal condición. Así, por ejemplo, son varios los casos de tutela en los que se ha salvaguardado decididamente los derechos de los niños en razón a su fundamentalidad.

El segundo aspecto general que ha de resaltarse es la condición de prevalencia, otorgada por el inciso final de la norma a los derechos de los niños. Esto es, en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquel deberá prevalecer sobre éste. Ahora bien, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, ningún derecho es absoluto en el marco de un Estado social de derecho, por lo que es posible que en ciertos casos el derecho de un menor tenga que ser limitado. Sin embargo, el carácter prevalente de los derechos de los niños exige que para que ello ocurra se cuente con argumentos poderosos.

Esta primacía, que es manifestación del Estado social de derecho y que se desarrolla a lo largo de la Carta Política, pretende garantizar, según dispone el artículo 44 Superior, el desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de los derechos de los menores, y de protegerlos contra cualquier forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, lo cual hace de las niñas y los niños, sujetos de especial protección constitucional.

Así, los derechos fundamentales de los menores deben ser protegidos por el Estado mediante la expedición de leyes internas y la ratificación de instrumentos internacionales que persigan

ese fin, uno de los cuales es la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, en la cual se consagra el principio de la defensa del interés superior del niño (numeral primero del artículo 3º) el cual debe optimizar la aplicación, en cada caso concreto, de los derechos constitucionales de los menores (Art. 93 C.P.).

Conforme lo ha explicado esta Corporación⁶ dicho principio condiciona el actuar de la totalidad del Estado, así como de las instituciones privadas, a la hora de tomar decisiones en las que se vean afectados niñas y niños, por cuanto en estos eventos siempre ha de considerarse, primordialmente, el interés superior del menor.

Dentro del amplio catálogo de derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico a los menores se encuentran la vida y la salud, cuyo sentido y alcance ha fijado el intérprete máximo y auténtico de la Constitución.⁷

En lo concerniente a la primera de esas garantías fundamentales de que son titulares todas las personas, la Corte⁸ ha considerado que el derecho a la vida no hace relación exclusivamente a la existencia biológica, sino que abarca también las condiciones de vida correspondientes a la dignidad intrínseca del ser humano.

El Estado social tiene como fundamento (Art. 1 C.P.) y finalidad esencial (Art. 2 ídem) garantizar la efectividad del derecho a la vida digna, el cual está referido al sustrato mínimo de condiciones materiales de existencia, acordes con la condición humana, la cual riñe con toda situación de maltrato o de menoscabo de la integridad y respeto del individuo. Por ello, cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política.⁹

Por su parte, el artículo 49 de la Carta Política dispone que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, el cual tiene la obligación de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación que esta prestación demande, que como ya se ha indicado es fundamental en el caso de los niños (Art. 44 C.P.) y que al igual que ocurre con los demás elementos de la seguridad social no sólo es irrenunciable sino que debe prestarse con observancia a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia dentro de la que está la continuidad en el servicio

(Arts. 48 y 49 ídem).

Como desarrollo de este último principio, el Estado tiene el deber de prestar sin interrupción el servicio de salud, de forma tal que si a un niño se le comienza a prestar la atención integral en salud, tiene derecho a la continuidad del servicio, siempre y cuando no aparezca razón constitucional válida para suspenderlo o que el médico tratante lo determine.¹⁰

3. Deber de inaplicar la normatividad sobre el cobro de copagos, en los eventos en que el servicio de salud que requiere una niña o un niño, que habita en el Estado social de derecho, es de carácter urgente y está demostrado que sus padres carecen de los recursos económicos necesarios para cubrir dichos copagos. Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional a través de sus diferentes Salas de Revisión ha señalado que cuando una persona requiere de un tratamiento médico con urgencia, y no pueda acceder a éste, por no tener la capacidad económica suficiente para pagar los copagos, las cuotas moderadoras, las cuotas de recuperación o el porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes, se deberá inaplicar la normatividad y la entidad territorial, la ARS, o la EPS, según sea el caso, deberá prestarle oportunamente el servicio, en aras de proteger sus derechos fundamentales.¹¹

En estos eventos, se ha explicado la prestación del servicio se brinda sin perjuicio del cobro a la subcuenta correspondiente del Fondo de Solidaridad Social en Salud (FOSYGA) o a la entidad territorial, según corresponda, del valor que haya cubierto la entidad y que le correspondía pagar al paciente.

Esta regla jurisprudencial tiene soporte en la propia Constitución Política (Art. 4) que prescribió como principios fundamentales del Estado social de derecho, el respeto de la dignidad humana (Art. 1), la protección efectiva de los derechos constitucionales (Art. 2) y la primacía de los derechos inalienables de la persona (Art. 5). En el caso de los niños surge además el principio de prevalencia de sus derechos frente a los derechos de los demás (Art. 44).

En efecto, en la Sentencia T-328 de 1999¹² se explicó:

El conflicto se presenta cuando aquellos que no tienen el dinero suficiente para cubrir las

cuotas moderadoras, copagos o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a los tratamientos de alto costo, los requieren con tal urgencia que sin ellos se verían afectados los derechos constitucionales fundamentales mencionados y, no obstante, con el argumento de cumplir la legislación señalada anteriormente, las Empresas Promotoras de Salud les niegan la atención médica necesaria.

No cabe duda de que los derechos fundamentales de las personas priman sobre cualquier otro tipo de derechos¹³ y cuando el conflicto anteriormente descrito se presenta, esta Corporación ha sido enfática y clara en la decisión de protegerlos, inaplicando para el caso concreto la legislación y ordenando la prestación de los servicios excluidos, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, pues ni siquiera la ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos y, cuando so pretexto de su cumplimiento se atenta contra ellos, no solamente es posible inaplicarla, sino que es un deber hacerlo.

Conforme se indicó en la Sentencia T-745 de 2004¹⁴ la Corte ha aclarado “que la inaplicación de la normatividad referente al pago de copagos, cuotas moderadoras, cuotas de recuperación o al pago del porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes “no procede automáticamente y en todos los casos, sino que para ello es necesario que se cumplan ciertas condiciones (...)”¹⁵, y hace referencia a las condiciones establecidas en la jurisprudencia constitucional para que sea procedente proteger el derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, a través de la acción de tutela.

Tales condiciones han sido definidas de la siguiente manera¹⁶:

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

De esta manera a la luz de los mandatos constitucionales los copagos no pueden convertirse en barreras para que las personas más pobres no accedan a los servicios de seguridad social

en salud.

Se procederá entonces a constatar si en el presente caso se cumplen los presupuestos expuestos para conceder el amparo constitucional solicitado.

4. Caso Concreto

En el asunto bajo examen está demostrado que el niño Jean Haller Daza Castillo presenta cuadriplegia espástica razón por la cual la entidad accionada le ha autorizado terapias de rehabilitación de neurodesarrollo, de lenguaje, de baja visión, física y ocupacional así como un procedimiento quirúrgico de cadera. No obstante, dichos servicios no se han prestado dado que la madre del menor no ha cancelado el copago del 10% que impone el ordenamiento legal y reglamentario por estar tanto ella como su hijo en el nivel 2 del SISBEN.

El argumento del a-quo para denegar la solicitud de protección constitucional se fundó en que la normatividad infraconstitucional exige, en el caso del niño Jean Haller la cancelación de un copago respecto del cual el juez de tutela no puede imponer ninguna exoneración.

Para la Sala, el fallo de instancia no se ajusta a la Constitución Política, por cuanto como se ha explicado en esta sentencia, el principio de interés superior del menor y la garantía efectiva de los derechos a la vida digna y a la salud de los niños, hacen necesario que en este caso, deban protegerse los derechos fundamentales del hijo de la accionante.

En efecto, del material probatorio recaudado en el expediente se infiere que dada la condición de madre cabeza de familia y a la actividad económica informal que desarrolla la accionante, no cuenta con los recursos económicos para cancelar el respectivo copago por los servicios que necesita su hijo.

Debe advertirse que estas afirmaciones están cobijadas por una presunción de veracidad, al amparo del principio de la buena fe (Art. 83 C.P.) y más si se tiene en cuenta que no fueron cuestionadas por la parte demandada y en todo caso debe recordarse que se trata de una persona clasificada en el segundo nivel del SISBEN, frente a quien existe una presunción de condiciones de precariedad socioeconómica precisamente por el tipo de vinculación al que fue acogido en el Régimen Subsidiado.

Es claro que el menor requiere con urgencia tanto las terapias como la cirugía que le fue prescrita por su médico tratante, pues al ser una persona en pleno desarrollo físico y mental requiere que oportunamente le sean suministrados los servicios que sean necesarios para la conservación y mejoramiento de su estado de salud, lo cual redundará en su calidad de vida y en su desarrollo como persona.

Una interpretación diferente llevaría a afirmar que bajo la vigencia de la Constitución Política de Colombia, niños como Jean Haller ante la falta de recursos económicos de sus padres, no merecen un trato digno y ni tienen derecho a los servicios de salud, conclusión que repugna al Estado social de derecho y al mandato de prevalencia que de los derechos de los niños hace la Carta Política y los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad.

Por lo anterior, las normas legales y reglamentarias que imponen en el caso del hijo de la accionante la cancelación de copagos resultan incompatibles con los mandatos constitucionales, concretamente con el artículo 44 Superior, razón por la cual se inaplicarán, debiéndose en consecuencia revocar el fallo de instancia para en su lugar conceder el amparo a los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud del citado niño.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Penal Municipal de Cali, el 19 de abril de 2004 dentro de la acción de tutela de la referencia.

Segundo.- INAPLICAR en este proceso, las regulaciones legales y reglamentarias referentes a los copagos.

Tercero.- CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud del niño Jean Haller Daza Castillo. En consecuencia, ORDENAR al representante legal de EMSANNAR ESS Regional Valle, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, -si aún no lo hubiere hecho-, proceda a suministrar al mencionado

menor la atención médica integral que requiere, por ejemplo, consultas médicas, exámenes, terapias de rehabilitación de neurodesarrollo, física, ocupacional, de lenguaje y de baja visión, procedimientos quirúrgicos, hospitalización, suministro de medicamentos, etc., que por su cuadriplegia espástica y su estado de salud requiera, sin que le sea oponible la cancelación del valor de los copagos.

Cuarto.- DECLARAR que le asiste derecho a la A.R.S. Empresa Solidaria de Salud EMSANNAR ESS a obtener el reembolso de lo gastado en cumplimiento de la orden emitida por esta Sala y en consecuencia, podrá repetir contra la subcuenta correspondiente del Fondo de Solidaridad Social en Salud (FOSYGA).

Quinto.- Para dar cumplimiento a lo señalado en el numeral anterior, el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de Salud dispone de un término de seis (6) meses contados a partir de la presentación y formalización de las cuentas respectivas.

Sexto.- Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

Presidente de la Sala

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folio 8 del expediente.

2 Sentencias SU-225 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-415 de 1998 y T-864 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-887 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-179 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-597 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-839 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.

3 Sentencia T-510 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

4 Sentencia C-157 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

5 Con relación a la fundamentalidad de los derechos de las niñas y los niños ver entre otras las sentencias T-402/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y SU-043/95 (M.P. Fabio Morón Díaz).

6 Sentencia C-157 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

7 Sentencia SU-640 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

8 Sentencias SU-062 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-926 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-316 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-1071 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-1075 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería, entre otras.

9 Sentencia T-316 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

10 Sentencia T-179 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

11 Corte Constitucional. Sentencias T-062 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-133 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-819 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1153 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-714 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

12 M.P. Fabio Morón Díaz.

13 C-265 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-639 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz.

14 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

15 T-328 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz.

16 T-058 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-178 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-1204 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otros casos.