

T-177-99

Sentencia T-177/99

DERECHO A LA SALUD DE LOS ENFERMOS DE SIDA-Fundamental por conexidad con la vida

DERECHOS DE LOS ENFERMOS DE SIDA-Llamados a participar del cuidado de la salud

PRINCIPIO DE PRIORIDAD DEL GASTO PUBLICO SOCIAL-Personas en circunstancias de debilidad manifiesta en salud

SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Recurso escaso

ENFERMEDAD DEL SIDA-Afectación de la salud pública

SISBEN-Regulación ineficiente para detectar a las personas pobres

SISBEN-Regulación ineficiente y contraria al orden público de la salud

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Condiciones para que la igualdad sea real y efectiva

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Medidas a favor de grupos discriminados o marginados

PREVENCION EN TUTELA EN MATERIA DE SALUD-Asistencia especial a la población pobre

ENFERMOS DE SIDA-Afectación por regulación administrativa

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS-Satisfacción de las necesidades básicas no sometida integralmente a las mayorías políticas eventuales

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Dignidad humana y solidaridad como principios fundantes

PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA-Alcance/PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL-Alcance

JUSTICIA SOCIAL-Alcance

PRINCIPIO DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA-Alcance

PRINCIPIO DE PRIORIDAD DEL GASTO PUBLICO SOCIAL-Aplicación obligatoria

ENFERMEDAD DEL SIDA-Tratamiento como una de las principales obligaciones del Estado

ENFERMEDAD DEL SIDA-Adecuación del sistema de distribución del gasto público en salud a quienes lo padecen

Es el sistema de distribución del gasto público en materia de política social en salud, el que se debe adecuar a la específica situación de debilidad manifiesta de los enfermos que sufren de afecciones epidémicas como el sida, y no éstos a la regulación administrativa.

INAPLICACION DE NORMA REGLAMENTARIA EN SALUD-Aplicación

CONPES-Revisión del sistema de selección de beneficiarios del régimen subsidiado de seguridad social en salud

Referencia: Expediente T-183610

Acción de tutela contra la Secretaría de Salud Pública Municipal de Cali por una presunta violación de los derechos a un trato digno, a la vida y a la igualdad.

Temas:

Derechos a la vida y a la igualdad, y carácter fundamental por conexidad del derecho a la salud.

Servicio público de atención en salud: un recurso escaso.

Orden público de la salud.

Estado Social de Derecho, dignidad humana, solidaridad, gasto público y amparo judicial de los derechos fundamentales.

Actor: X

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Santafé de Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo y Carlos Gaviria Díaz, este último en calidad de ponente,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN,

procede a revisar la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali en el trámite del proceso radicado bajo el número T-183.610.

ANTECEDENTES

1. Solicitud de tutela.

El 3 de septiembre de 1998, el señor X, actuando como agente oficioso del señor Y, interpuso acción de tutela contra la Secretaría de Salud Pública Municipal de Cali, ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por considerar que aquélla ha violado los derechos fundamentales a la dignidad (C.P. art. 1º), a la vida (C.P. art. 11), y a la igualdad (C.P. art. 13) de su agenciado, quien se encontraba recluso en la sección de urgencias del Hospital Departamental de la ciudad de Cali, por padecer del virus de SIDA.

El actor señaló que, el día 31 de agosto de 1998, intentó internar a Y en el hospital antes mencionado a través del servicio de urgencias. Sin embargo, la hospitalización fue negada, “por no contar con los recursos económicos para cubrir los gastos”. Indicó que, al día siguiente, se permitió la hospitalización de su agenciado, “pero se nos aclaró que teníamos que llevar todos los medicamentos y todas las cosas que requiera Y para su tratamiento”. Agregó que “nosotros en este momento no tenemos ningún ingreso económico y vivimos de alquiler en el Barrio Bretaña con los ingresos que percibe la mamá de Y, quien trabaja como

lavandera en casas de familia, y es una mujer de edad avanzada (81 años), y los ingresos que recibe por su trabajo no superan los \$250.000.00 pesos mensuales, y Y por su delicado estado de salud hace más de un año que no trabaja”.

Según el demandante, tiempo antes, Y fue encuestado por el SISBEN, “pero no calificó porque el sitio donde vive de alquiler (una pieza) está en buen estado”. Indicó que, pese a encontrarse en situación de “absoluta pobreza”, Y no posee aún el carné del SISBEN, lo cual le impide beneficiarse de los servicios del sistema subsidiado de seguridad social en salud que requiere para preservar su vida. Sobre este particular, aseveró que “el SISBEN fue creado con el propósito de garantizar la salud como derecho fundamental a todos los colombianos, para que todos podamos tener acceso a los servicios de salud. Se requiere para estar en este sistema carecer de recursos económicos o pertenecer a la población menos favorecida, tienen prioridad para calificar a este programa las madres cabeza de hogar, las mujeres embarazadas, los niños y las personas que padecen enfermedades crónicas o catastróficas. El SIDA (...), enfermedad que padece Y es una de éstas”. Afirmó que “a pesar de que el SISBEN se hizo para favorecer a las clases menos favorecidas, en las encuestas se mide la necesidad de vivienda de la persona y no mide la salud de los encuestados”.

A juicio del actor, la negativa de la autoridad demandada de expedir a Y el carné del SISBEN y a afiliarlo al sistema subsidiado de seguridad social en salud, viola su derecho fundamental a la vida (C.P. art. 11), como quiera que impide que le sean suministradas las drogas antiretrovirales que le permitirían prolongar su existencia y mejorar su calidad de vida. Así mismo, las actuaciones de la Secretaría de Salud Pública Municipal de Cali determinan una vulneración del derecho fundamental a la igualdad (C.P. art. 13) de Y, toda vez que son contrarias a la obligación del Estado de brindar especial protección a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Al respecto, señaló que los enfermos de SIDA que carecen de los recursos económicos para costear el tratamiento médico que la anotada enfermedad requiere, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, son acreedores del trato especial a que se refiere el artículo 13 de la Constitución Política.

Conforme a lo anterior, solicitó (1) que a Y le fuera expedido el carné del SISBEN; y (2) que Y fuera afiliado al sistema subsidiado de seguridad social en salud.

### 1. Informe oficial.

El Secretario de Salud Pública Municipal de Cali informó al tribunal de tutela que, “una vez revisada la base de datos del SISBEN, (...), se pudo constatar que el señor Y, (...), aparece en el nivel 5 de pobreza con un puntaje de 71.74”.

El funcionario demandado precisó que “teniendo en cuenta el Acuerdo No. 77 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, son beneficiarios del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud, toda la población pobre y vulnerable, que no tiene capacidad de pago para cotizar en el régimen contributivo, de conformidad con los criterios de identificación, el orden de prioridades y el procedimiento previsto en el artículo 9° del Acuerdo en comento, el cual establece como población prioritaria la que pertenece a los niveles 1 y 2 de pobreza”. Agregó que “los puntajes para cada nivel están definidos en el instructivo del Sistema de Identificación de Beneficiarios SISBEN, de la Unidad de Desarrollo Social del Departamento Nacional de Planeación, aprobado mediante Resolución N° 65 de marzo 25 de 1994”.

### 3. Fallo de instancia.

En sentencia de septiembre 15 de 1998, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali denegó la acción de tutela impetrada por el señor X, como agente oficioso del señor Y.

Luégo de considerar que X sí podía actuar como agente oficioso de Y, toda vez que éste se encontraba hospitalizado y, por ende, imposibilitado para ejercer sus derechos, el tribunal de tutela estimó que “de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9° del Acuerdo N° 77 por el cual se definen la forma y condiciones de operación del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el aquí accionante no pertenece a la población de los niveles 1 y 2, no pudiendo ser seleccionado como beneficiario para programas sociales”. En efecto, tras ser encuestado, Y fue calificado con un puntaje de 71.74, lo cual lo coloca en el nivel 5 del SISBEN, mientras que los beneficiarios de los servicios del régimen subsidiado de seguridad social en salud son aquellas personas que se sitúan en los niveles 1 y 2 del anotado sistema de focalización del gasto social.

De igual modo, el fallador indicó que si el actor no compartía los resultados de la encuesta practicada por el SISBEN a Y, podía solicitar que ésta fuera revisada o suministrar nueva información con la finalidad de que el puntaje fuera modificado, todo lo anterior de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3° del Acuerdo N° 77 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

#### 1. Informes, carencia de objeto sobreviniente y necesidad de la revisión.

Mediante auto del 3 de febrero de 1999, esta Sala pidió al Alcalde Municipal de Cali y al Presidente del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud una serie de informes sobre el SISBEN. Sólo después de ser considerado el primer proyecto de fallo, y de producirse el cambio de ponente, se supo que Y falleció pocos días después de instaurado el proceso de amparo, por lo que en este proceso se presentó una carencia de objeto sobreviniente que podría hacer pensar en la improcedencia de la presente revisión; sin embargo, esta Sala encuentra que al paciente fallecido se le violaron los derechos fundamentales que reclamó judicialmente y, por tanto, deben adoptarse medidas para que no se sigan repitiendo prácticas discriminatorias como las que en este caso se dieron.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de instancia proferido en el trámite de este proceso, de acuerdo con los artículos 86 y 241 de la Carta Política; corresponde a la Sala Tercera de Revisión adoptar la decisión respectiva, según el reglamento interno y el auto de la Sala de Selección Número 10 del 20 de octubre de 1998.

#### 2. Jurisprudencia de la Corte.

Buena parte de los asuntos a considerar en la revisión del fallo del Tribunal Superior de Cali, ya fueron objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación<sup>1</sup>, así que se traerá a colación la jurisprudencia constitucional sobre los derechos de los enfermos de sida y su protección por la vía de tutela, a más de la doctrina unificada sobre el uso de recursos escasos en la atención de la salud de la población que no puede cotizar al Sistema General de Seguridad Social en este campo.

## 2.1. Derechos a la vida y a la igualdad, y carácter fundamental por conexidad del derecho a la salud.

Por medio de la sentencia T-484/922, esta Corte revisó una sentencia en la que se decidió amparar los derechos constitucionales de un enfermo de sida consagrados en los artículos 13 y 49 de la Carta Política, y señaló que el segundo de ellos deviene fundamental cuando su efectividad resulta ligada a la del derecho a la vida:

“La decisión judicial ampara los derechos constitucionales consagrados en los artículos 13 y 49 de la Constitución Política. El primero de los cuales está contemplado en el capítulo de los que la Carta denomina ‘fundamentales’, mientras que el segundo aparece previsto en el Capítulo 2 del Título II, ‘De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales’. La salud es uno de aquellos bienes que por su carácter inherente a la existencia digna de los hombres, se encuentra protegido, especialmente en las personas que por su condición económica, ‘física’ o mental, se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.N.).

“Este derecho, así entendido, busca el aseguramiento del fundamental derecho a la vida (art. 11 C.N.), por lo cual, su naturaleza asistencial impone un tratamiento prioritario y preferencial por parte del poder público y el legislador, con miras a su protección efectiva.

Este tratamiento favorable permite restablecer las condiciones de igualdad a grupos o personas que se encuentren en situaciones desfavorables como resultado de sus circunstancias de debilidad. En desarrollo ulterior del precepto, marcando su acento asistencial, por la ubicación en el sistema de la Constitución Política y por su propio contenido, estableció el Constituyente en el artículo 49 del Estatuto Fundamental, que la salud es un servicio público a cargo del Estado, garantizándose en él a todas las personas el acceso al mismo, para la promoción, protección y recuperación de este derecho. Se agrega que corresponde al poder público organizar, dirigir, reglamentar, establecer políticas para que las personas privadas presten ese servicio, y definir las competencias a cargo de los distintos órdenes, nacional, de las entidades territoriales y de los particulares, con el fin de que se haga de manera descentralizada y participativa. También la norma defiere a la ley la definición de las circunstancias en que la salud será gratuita y obligatoria. Igualmente se establece la obligación para toda persona de velar por el mejoramiento, conservación y recuperación de su salud personal y la de su comunidad, evitando acciones u omisiones perjudiciales y el desacato a las autoridades de salud pública”

También desde 1992 se sentó jurisprudencia, en la sentencia T-5053, sobre los derechos de los enfermos de sida y los llamados a participar en el cuidado de su salud; consideró esta Sala en esa ocasión:

“El Estado, la sociedad y la familia, conjuntamente, participan en el cuidado de la salud de las personas a-sintomáticas infectadas y de los enfermos de SIDA. Con fundamento en el principio fundamental de solidaridad (CP art. 1) todos los integrantes de la comunidad deben unir esfuerzos para hacer más soportable el tratamiento del SIDA, evitando la discriminación del enfermo y teniendo conciencia de la amenaza que para la sociedad representaría su falta de apoyo y atención.

“El infectado o enfermo de SIDA goza de iguales derechos que las demás personas. Sin embargo, debido al carácter de la enfermedad, las autoridades están en la obligación de darle a estas personas protección especial con miras a garantizar sus derechos humanos y su dignidad. En particular, el Estado debe evitar toda medida discriminatoria o de estigmatización contra estas personas en la provisión de servicios, en el empleo y en su libertad de locomoción.

“Los derechos a la igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo, a la salud, entre otros, pueden ser objeto de vulneración o amenaza por parte de las autoridades o de los particulares, en muchos casos, como consecuencia exclusiva del temor que despierta el SIDA. Esta reacción negativa debe ser contrarrestada con una eficaz acción estatal tendiente a suscitar la comprensión y la solidaridad, evitando la expansión de la enfermedad. La Constitución cuenta con mecanismos eficaces para proteger los derechos del enfermo de SIDA, entre ellos la acción de tutela contra particulares encargados del servicio público de la salud, cuando de su prestación dependen los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía (Decreto 2591 de 199, art. 42)” (subrayas fuera del texto).

En el mismo fallo, esta Corporación precisó los alcances del artículo 13 Superior, al aclarar que el indigente que demuestre su debilidad manifiesta y solicite la solución de sus necesidades básicas de salud, es titular de un derecho público subjetivo para exigir de la autoridad competente hacer operante el principio de prioridad del gasto público social:

“Algunos sectores de la población colombiana que no son autosuficientes y no tienen acceso a la información sobre los peligros que el SIDA representa, están expuestos a su contagio y requieren por ello de apoyo y protección. El efecto pernicioso de la enfermedad recae predominantemente en sectores desfavorecidos y marginales de la población, golpeando desproporcionadamente a los grupos de bajos ingresos.

“El indigente que demuestra su condición de debilidad manifiesta (CP art. 13-3), y solicita la solución de la necesidad básica insatisfecha de la salud, hace operante el principio de prioridad del gasto público social que, en virtud de la prevalencia de los derechos fundamentales sobre la parte orgánica de la Constitución, genera una obligación para la autoridad competente y, correlativamente, un derecho público subjetivo para el solicitante”

Si quedara alguna duda sobre el carácter fundamental del derecho a la salud de los enfermos de sida, para despejarla bastaría citar los siguientes apartes de la sentencia T-271/954:

“En lo atinente a la salud, prima facie se tiene que el Estado debe facilitar las condiciones que garanticen el acceso de todos los habitantes al servicio respectivo, no siendo dable entender que en todos los eventos tenga la obligación de brindar un tratamiento exclusivo a un sujeto particular. Sin embargo, cosa distinta acontece cuando la situación apareja una conexidad directa e inmediata con el derecho a la vida dado que, como se ha insistido dentro de esta providencia, en episodios de estas implicaciones se confunden los objetos de protección conformando una unidad que reclama defensa total. En razón de los datos fácticos del caso concreto y del alcance de la normatividad constitucional que exige la protección de un derecho de aplicación inmediata (arts. 11 y 85 C.N.), el derecho a la salud viene a compartir el carácter fundamental y a integrar el poder indispensable para exigir su cumplimiento al Estado que debe acudir en ayuda del afectado, titular de un derecho subjetivo, por cuya virtud, la infraestructura servicial de que se disponga atenderá prioritariamente tan urgente requerimiento.

“La Corte ha precisado que a nivel teórico ‘el estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática la cual luego tiende a trasmutarse hacia un derecho subjetivo, en tanto y en cuanto, se creen elementos que concedan eficacia a la posibilidad de exigir la obligación estatal de ejecutar la prestación’ (Sentencia T-207 de 1994). Siempre que ello acontece, lo asistencial se consolida en una realidad en relación con un titular determinado,

como sucede, verbi gratia, con el afiliado a una entidad de seguridad social, quien, en el evento de ver afectada su salud o su vida, a la posición de sujeto activo de un derecho agrega la situación legal y reglamentaria que, en su caso, actualiza y concreta las prestaciones que puede exigir y, adicionalmente, define con precisión las instancias que deben proporcionarle la atención requerida.

“Como quedó consignado en otro aparte de esta providencia, la infección con el Virus de Inmunodeficiencia Humana coloca a quien la padece en un estado de deterioro permanente con grave repercusión sobre la vida misma, puesto que el virus ataca el sistema de defensas del organismo dejándolo desprotegido frente a cualquier afección que, finalmente, causa la muerte. No se precisa recurrir a más argumentos para concluir que el peticionario de la presente acción de tutela efectivamente encuentra amenazado su derecho a la vida a consecuencia de una enfermedad incurable y mortal y que es evidente el progresivo desmejoramiento de su salud...”

Queda pues establecido que el enfermo a cuyo nombre se demandó, era indudable titular de los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, y a la salud (por conexidad), y que se le debieron hacer efectivos a través de la atención médica y hospitalaria que requiriera. Empero, también está probado que el Hospital Universitario del Valle se negó a recibir a Y como paciente de urgencia por carecer de los medios económicos necesarios para pagar por su tratamiento; además, que sólo cuando se agravó su estado de salud fue admitido como paciente interno, y bajo la condición de procurarse él mismo todos los medicamentos que se le recetaran. Se repitió entonces en este caso, el supuesto de hecho que fue suficiente para que se otorgara la tutela a otro ciudadano en contra del Hospital Universitario del Valle, por medio de la sentencia T-505/925:

“En el caso sub-examine, el señor DIEGO SERNA GOMEZ ha demostrado padecer de SIDA y haber recurrido, sin éxito por causa de su precaria condición económica y la de su familia inmediata, a los servicios médico-asistenciales del Estado. La negativa del Hospital Universitario del Valle de prestarle la asistencia integral exigida por la ley configura una vulneración de la protección especial garantizada igualmente por la Constitución a personas colocadas en circunstancias de debilidad manifiesta. De no corregirse esta situación, ello redundaría no sólo en una clara discriminación en contra del solicitante, sino además en el aumento del riesgo social que implica no prevenir y controlar la propagación de su

enfermedad. Por los anteriores motivos, esta Corte procederá a confirmar la decisión aquí revisada”

En consecuencia, en la parte resolutive de esta providencia se prevendrá al representante legal del Hospital Universitario del Valle para que esa institución no vuelva a negarle el tratamiento a los enfermos de sida que carecen de medios económicos para pagar por él, y no son afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, so pena de las sanciones previstas en el Decreto 2591 de 1991 para el desacato.

## 2.2. Servicio público de atención en salud: un recurso escaso.

Fue acreditado en el expediente que Y era un disminuído físico cuya enfermedad, degenerativa y mortal, imposibilitó para trabajar en su oficio de lotero, por más de un año antes de solicitar el amparo judicial de sus derechos fundamentales. También se probó que el único legitimario con el que contaba ese enfermo era su madre, una anciana de 81 años, sin pensión o seguridad social, que aún se gana la vida como lavandera ocasional, y quien no devenga más del salario mínimo cuando consigue ocuparse todo el mes; ella le proporcionaba al enfermo sus cuidados, la poca alimentación que le permitían sus ingresos, y una pieza arrendada en la cual yacer en su compañía, pero en ningún caso podía costear el tratamiento requerido por su hijo.

Además, quedó plenamente establecido que la única posibilidad de que Y recibiera el tratamiento de antiretrovirales, que era urgente suministrarle desde julio de 1998 para prolongar su vida (precisamente ese era el objeto de esta tutela), consistía en que se le admitiera como beneficiario del SISBEN, y se le incluyera entre los afiliados del régimen subsidiado al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Sin embargo, la autoridad demandada adujo haber actuado legítimamente, pues “de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9° del Acuerdo No. 77 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el accionante no pertenece a la población de los niveles 1 y 2 de pobreza, no pudiendo ser seleccionado como beneficiario para programas sociales”

Corresponde entonces a esta Sala decidir si la regulación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud o la del Consejo Nacional de Política Económica y Social legitiman la actuación del Secretario Municipal de Salud Pública de Cali, o si éste debió inaplicarla para no vulnerar los derechos fundamentales a la vida, la igualdad, la salud y la seguridad social de

Y, caso en el cual hubiera debido otorgarse la tutela que a su nombre se impetró.

a. Orden público de la salud.

En cuanto tiene que ver con el sida, las disposiciones legales vigentes contienen medidas de prevención, diagnóstico y tratamiento, cuya difusión y acatamiento corresponde a todas las instituciones asistenciales públicas y privadas; esas normas no pueden ser derogadas, suspendidas o ignoradas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud o por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, sin violar los artículos 1, 2, 6, 121 y 189-4 de la Carta Política. Así, el primer parámetro frente al cual debe valorarse la regulación administrativa que sirvió de base para negar a Y la calidad de beneficiario en salud del SISBEN, es el orden público de la salud, sobre el cual se precisó en la sentencia T-505/926:

“El SIDA representa una amenaza actual y creciente contra la salud pública, dado su carácter de enfermedad mortal, transmisible y sin tratamiento curativo. Afortunadamente existe una respuesta normativa a este problema de relevancia constitucional. Las disposiciones legales que regulan la materia cubren las diferentes fases o etapas de desarrollo de la enfermedad y contienen medidas preventivas, de diagnóstico y tratamiento cuyo acatamiento y difusión corresponde a todas las instituciones médico-asistenciales, públicas o privadas.

“El orden público incorpora la salubridad, por lo que las autoridades deben tomar las medidas necesarias y suficientes para su conservación (CP art. 1). La epidemia del SIDA tiene potencialidad de afectar gravemente el orden público y por ello el aparato estatal debe reaccionar con eficacia ante la amenaza.

“No sólo el Presidente de la República en cumplimiento del mandato constitucional de conservar el orden público en todo el territorio nacional (CP art. 189-4), sino todas las instituciones médicas, centros educativos, medios de comunicación, están en el deber de intervenir para dar una respuesta unificada y vigorosa al grave problema del constante crecimiento de la enfermedad.

“La no adopción de las medidas oportunas y necesarias puede desencadenar una calamidad pública, con la consiguiente responsabilidad oficial por omisión. Recursos del Estado deben

destinarse prioritariamente al sector de la salud y, en particular, a la lucha contra el SIDA.

“Por otra parte, las autoridades, en ejercicio de las funciones de policía, están facultadas para intervenir en la esfera privada con el objeto de prevenir o controlar las causas de perturbación de la salubridad pública. El Estado cuenta para el cumplimiento de esta misión con especiales medios de policía sanitaria (Código Nacional de Policía artículos 2, 11, 182 y artículo 35 del Decreto 522 de 1971).

“El carácter de orden público de las normas epidemiológicas obliga a los centros médicos a prestar una atención integral a los infectados o enfermos del SIDA. La prevención no será eficaz si los hospitales públicos o privados se niegan a prestar los servicios preventivo-asistenciales a estas personas. El costo de la atención, aunque no es irrelevante para la asignación de recursos médicos escasos, no puede ser, en materia de lucha contra una enfermedad transmisible y mortal, el factor determinante para la prestación del servicio. Aunque la atención integral no es gratuita, su cobro debe subordinarse a su prestación. La negativa a practicar los exámenes, tratamientos o consultas, hasta tanto no se cancele su costo o se garantice jurídicamente su pago, es contraria al objetivo de orden público buscado de prevenir y controlar una epidemia” (subrayas fuera de texto).

Frente a esta doctrina, debe considerarse la política social en salud referida a la prevención, diagnóstico y tratamiento del sida, que tiene como objetivo en Colombia a dos sectores de la población: aquél cuyo acceso a los servicios asistenciales se encuentra sujeto al pago de contribuciones que provienen de los recursos privados de los beneficiarios, y el que no cuenta con tales recursos e, imposibilitado para contribuir, depende de los subsidios estatales financiados por el fondo de solidaridad y los presupuestos de los entes territoriales. El alto índice de pobreza que presenta el país, hace que los recursos disponibles para la asistencia social sean insuficientes para atender a toda la población económicamente desfavorecida y, por tal razón, la inversión de los recursos públicos ha de centrarse en la población más necesitada, garantizando a todos los que comparten la condición de desposeídos, igual oportunidad para obtener los subsidios escasos.

La Constitución asignó a las entidades territoriales, en especial a los departamentos, municipios y distritos la ejecución de la política social (C.P. arts. 298, 311, 356 y 357); en lo que hace a la política de carácter asistencial, su ejecución fue atribuída a los departamentos

y municipios por la Ley 60 de 1993, la que en su artículo 30 obliga a estas entidades a adoptar un proceso de focalización por el cual se “garantiza que el gasto social se asigna a los grupos de población más pobres y vulnerables. Para esto, el Conpes Social, definirá cada tres años los criterios para la determinación, identificación y selección de beneficiarios y para la aplicación del gasto social por parte de las entidades territoriales”. Usando de esta facultad, el Consejo Nacional de Política Económica y Social aprobó el “Documento Conpes Social No. 22, DNP:UDS-Misión Social, Focalización del Gasto Social en las Entidades Territoriales” (21 de enero de 1994), según el cual la selección de beneficiarios del SISBEN se debe llevar a cabo por medio de la focalización geográfica y la individual.

El primero de esos mecanismos consiste en localizar las áreas geográficas en donde se concentra la población más pobre para aplicar allí programas de política social como los de infraestructura y dotación, servicios públicos domiciliarios y saneamiento ambiental. Para la focalización geográfica se usa, como instrumento técnico básico, la estratificación socioeconómica, que “es una herramienta técnica de clasificación de la población que permite establecer, con base en las características de las viviendas, distintos grupos (estratos) de personas con características sociales y económicas similares”.

Reconoce el CONPES en el documento que se comenta, que en algunos casos el primer mecanismo resulta insuficiente, y debe complementarse con la focalización individual, en la que se usa como instrumento técnico básico la “Ficha de Clasificación Socioeconómica de Hogares, Familias o Individuos”, que “consiste en un cuestionario corto que se aplica a los hogares, familias o individuos pobres para obtener con detalle información relacionada con el empleo, ingresos y características de las viviendas”, y con el cual se identifica a los beneficiarios del programa de auxilios para los ancianos indigentes (Ley 100/93, art. 257), y del régimen subsidiado de seguridad social en salud (Ley 100/93, arts. 211-217).

Recolectados los datos correspondientes a ambos mecanismos de focalización, se asigna un puntaje -presunto indicador confiable del nivel de pobreza de la persona o grupo encuestado-, y se los clasifica de acuerdo con el siguiente cuadro:

Nivel de Pobreza

Zona Urbana

Zona Rural

SISBEN 1

0 - 36

0 - 18

SISBEN 2

37 - 47

19 - 30

SISBEN 3

48 - 58

31 - 45

SISBEN 4

59 - 69

46 - 61

SISBEN 5

70 - 86

62 - 81

SISBEN 6

87 - 100

Los programas sociales basados en la entrega de subsidios, se centran entonces en los niveles 1 y 2 del SISBEN, en los que “se priorizarán los potenciales afiliados así: 1) mujeres en estado de embarazo y niños menores de cinco años; 2) población con limitaciones físicas,

síquicas y sensoriales; 3) población de la tercera edad; 4) mujeres cabeza de familia; y 5) demás población pobre y vulnerable” (artículo 9° del Acuerdo No. 77 de 1997).

Basta este breve resumen de la regulación administrativa aducida por la autoridad demandada para procurar que se juzgue legítima su actuación respecto a Y, para señalar que ella: a) es ineficiente; b) contraría el orden público de la salud en materia de prevención, diagnóstico y tratamiento del sida; y c) da lugar a violaciones sistemáticas del derecho fundamental a la igualdad.

La regulación del SISBEN es ineficiente para detectar a las personas pobres que, además, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta debido a las enfermedades que las aquejan, por ejemplo Y, por la simple razón de que no fue diseñada para permitir identificarlas. Ni la estratificación socioeconómica ni la focalización individual -que da cuenta del empleo, el ingreso y las características de la vivienda-, fueron construídas para permitir detectar a quienes están más expuestos a sufrir una u otra enfermedad, a quienes la padecen sin diagnóstico, o a quienes saben que requieren tratamiento y no lo pueden costear; de hecho, el Secretario de Salud de Cali pudo -aunque no lo hizo-, haber practicado las encuestas a Y una y mil veces sin que el resultado variara, mientras el evaluado pasaba de persona expuesta al riesgo de contagio, a portador asintomático, y luego a enfermo de sida y a moribundo, porque la estratificación socioeconómica y la focalización individual son instrumentos de medida que sólo sirven para mensurar aquello que se tuvo en cuenta al diseñarlos, y en la regulación del SISBEN caben entes pobres abstractos, y no personas en situación. Tampoco con esas pruebas clasificó, ni podía calificar como beneficiaria del programa de auxilios para ancianos indigentes, la madre de Y. Tal nivel de ineficacia difícilmente puede aceptarse como razonablemente compatible con el orden político, económico y social justo al que se alude en el Preámbulo de la Carta Política.

La regulación del SISBEN es ineficiente, por la misma razón por la que resulta contraria al orden público de la salud, no sólo en materia de sida, sino en todo lo que tiene que ver con la prestación del servicio público de atención en salud a la población pobre: el Estado, a través del CONPES, en su afán por focalizar la política social en proteger a aquellas personas que por su condición económica se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta, ignoró otra obligación -igualmente importante-, que debe cumplir como parte de esa política social: proteger especialmente a aquellas personas que, a más de una condición económica

precaria, tienen una condición física o mental que, por sí sola, les pone en innegable circunstancia de debilidad manifiesta.

La regulación del SISBEN es ineficiente y contraria al orden público de la salud, por las mismas razones que la hacen dar lugar a violaciones sistemáticas del derecho a la igualdad: a) no permite recolectar los datos relevantes para diferenciar las personas que están expuestas al riesgo de sufrir una u otra enfermedad, de las que han sido efectivamente contagiadas o contraído la enfermedad por otra vía, y no posibilita distinguir entre las personas que sufren un padecimiento, a las afectadas de manera temporal de las enfermas crónicas, permanentes y terminales; de esa manera, el funcionario departamental o municipal encargado de decidir a quiénes se otorgará la calidad de beneficiarios del régimen subsidiado de seguridad social en salud, no puede -aunque quiera hacerlo-, promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”, ni adoptar “medidas a favor de grupos discriminados o marginados”; b) hace nugatorio el derecho de defensa de quienes resultan discriminados o pertenecen a uno de los grupos que lo vienen siendo, pues para cambiar su calificación, sólo les permite solicitar una nueva aplicación de los mismos formularios, que no puede arrojar resultados distintos a los originales hasta que el daño sea irremediable. En el caso de Y, el paciente murió sin el tratamiento médico que requería, y sin que variara para nada su calificación como aspirante a beneficiario del SISBEN; más aún, si se vuelven a aplicar los cuestionarios a su anciana madre, ésta tampoco ahora calificaría para beneficiaria.

En conclusión, esta Sala reconoce que se violó el derecho fundamental a la igualdad de Y, pues éste se encontraba en circunstancia de debilidad manifiesta y hacía parte de un grupo discriminado, y el funcionario demandado no le dio la protección especial a la que constitucionalmente tenía derecho; el Secretario de Salud Pública de Cali no adelantó en favor de Y ninguna acción positiva que le pusiera en pie de igualdad con los que no padecían el mal que él sufría y, por tanto, resultaron violados sus derechos fundamentales a la igualdad, la vida, la salud, la seguridad social, y a un trato digno. En consecuencia, en la parte resolutive de esta providencia se prevendrá al Secretario Municipal de Salud Pública de Cali para que no vuelva a negar, a quienes siendo pobres constitucionalmente tienen derecho a una protección especial en materia de salud, la calidad de beneficiarios del sistema subsidiado de seguridad social, bajo el pretexto de que la vivienda que habitan no los ubica en los niveles más intolerables de miseria, so pena de las sanciones previstas en el

Decreto 2591 de 1991 para el desacato.

a. Estado Social de Derecho, dignidad humana, solidaridad, gasto público y amparo judicial de los derechos fundamentales.

Finalmente, debe esta Sala considerar si en el marco del Estado Social de Derecho que consagró el Constituyente del 91 en la Carta Política vigente, los principios de solidaridad y de respeto por la dignidad de la persona, sumados al de primacía de los derechos, permiten al juez de tutela solucionar con sus órdenes los conflictos constitucionales que surgen entre los derechos de eventuales beneficiarios de subsidios y las políticas de distribución del gasto público adoptadas por el Gobierno, pues el diseño de éstas es una responsabilidad que, según la Constitución Política (arts. 356 y 357), compete al legislador democrático y, con base en los lineamientos que éste fije, a las autoridades administrativas respectivas.

Para empezar es del caso precisar que, en el caso bajo revisión, los derechos del eventual beneficiario del régimen subsidiado de seguridad social en salud que resultaron violados por la regulación administrativa de la prestación de ese servicio público, no tienen origen en la ley, sino que son derechos fundamentales, cuya titularidad en cabeza de Y está por fuera del debate democrático; en este sentido, es suficientemente clara la jurisprudencia unificada por esta Corporación a través de la sentencia SU-225/987:

“En virtud de lo anterior, considera la Corte que del artículo 44 tantas veces citado se deriva claramente que, la Constitución, respetuosa del principio democrático, no permite, sin embargo, que la satisfacción de las necesidades básicas de los niños quede, integralmente, sometida a las mayorías políticas eventuales. Por esta razón, la mencionada norma dispone que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares. No obstante, la armonización de esta norma con el principio democrático -que dispone que los órganos políticos son los encargados de definir las políticas tributarias y presupuestales-, exige que sólo la parte del derecho que tiende a la satisfacción de las necesidades básicas del menor -lo que se ha denominado su núcleo esencial-, pueda ser directamente aplicada por el juez, mientras que es el legislador quien debe definir su completo alcance. Se trata

entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela”

El mismo asunto fue objeto de consideración en la sentencia T-505/928, en la que se aplicó a los derechos fundamentales de un enfermo de sida, idéntica doctrina:

“El carácter social de nuestro Estado de Derecho no es una fórmula retórica o vacía. Por el contrario, la naturaleza social que identifica al ordenamiento jurídico tiene clara expresión en la prevalencia de los derechos fundamentales, en la superación de la crisis del Estado de Derecho como sinónimo de la legalidad abstracta y en la inmediata realización de urgentes tareas sociales, todo lo anterior en desarrollo de los principios de solidaridad y dignidad humana.

“La dignidad humana y la solidaridad son principios fundantes del Estado social de derecho. Las situaciones lesivas de la dignidad de la persona repugnan al orden constitucional por ser contrarias a la idea de justicia que lo inspira. La reducción de la persona a mero objeto de una voluntad pública o particular (v.gr. esclavitud, servidumbre, destierro), los tratos crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12) o simplemente aquellos comportamientos que se muestran indiferentes ante la muerte misma (p. ej. el sicariato), son conductas que desconocen la dignidad humana y, en caso de vulneración o amenaza de derechos fundamentales, pueden ser pasibles de repulsa inmediata por vía de la acción de tutela, sin perjuicio de las acciones legales correspondientes.

“La justicia social no es un valor o ideal de libre apreciación por parte de los jueces constitucionales. Las concepciones de la comunidad y lo comúnmente aceptado como correcto o incorrecto son ejes referenciales para el enjuiciamiento y la determinación de lo razonablemente exigible. El juez constitucional no debe ser ajeno a las nociones de lo justo e injusto que tiene la opinión pública, más aún cuando la interpretación constitucional se apoya en los valores y principios consagrados en la Carta Política, bien para reconocerlos ora para

promover su realización.

“El Estado social de derecho mantiene el principio de legalidad, pero lo supera y complementa al señalar entre sus finalidades la de garantizar un orden político, económico y social justo (CP Preámbulo). La naturaleza social del Estado de derecho colombiano supone un papel activo de las autoridades y un compromiso permanente en la promoción de la justicia social.

“La defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al Estado a intervenir – dentro del marco constitucional – para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud.

“El principio de justicia distributiva según el cual en la asignación de los recursos económicos de una sociedad se deberá tender a privilegiar a los sectores desfavorecidos sirve de fundamento al régimen impositivo, a las reglas de elaboración presupuestal, a la jerarquización del gasto y a la fijación de prioridades en materia de prestación de los servicios públicos.

“El Estado Social de Derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución económica e irradian todos los ámbitos de su regulación – propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y de gasto público.

“Las normas constitucionales en materia presupuestal recogen el principio de prioridad del gasto público social sobre cualquier otra asignación (CP art. 350), siendo su aplicación obligatoria en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales. Con miras a dar solución a las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable (CP art. 366), el constituyente optó por jerarquizar las diferentes prioridades del gasto público y subordinó la constitucionalidad de las respectivas leyes presupuestales a la prevalencia del gasto público social.

“De otra parte, la Constitución consagra como deber de toda persona la contribución al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado (CP art. 95-9). Correlativamente, el contribuyente adquiere el derecho a que los ingresos percibidos por el erario se apliquen de manera prioritaria, frente a cualquiera otra destinación, a la satisfacción de las necesidades básicas de la población, de modo que se evite que el déficit de recursos orientados, entre otros sectores a la salud, pueda alterar el orden público y exponerlo a situaciones de peligro para su vida y bienes”

Es claro entonces que en casos como el que se revisa, el interés general no está enfrentado con el interés particular del enfermo de sida que reclama las prestaciones asistenciales a las que la Carta Política le reconoce derecho; además, que el juez de tutela sí está llamado a solucionar con sus órdenes esta clase de violaciones de los derechos fundamentales. En la sentencia SU-480/979, esta Corporación se pronunció sobre el tratamiento, como una de las principales obligaciones del Estado respecto de los enfermos de sida, y sobre la afiliación de éstos al sistema de seguridad social en salud para tener derecho al tratamiento, en los siguientes términos:

“La Ley 100 de 1993, artículo 154, señala que una de las facetas de la intervención del Estado es la de establecer la atención básica en salud, que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria disposición que se compagina con aquella parte del artículo 49 de la Constitución que dice; ‘la ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria’. Para ello se fijan en el artículo 156 de la ley las características básicas del sistema y el artículo 165 ibidem precisa el concepto así:

‘ Artículo 165. Atención básica. El Ministerio de Salud definirá un plan de atención básica que complemente las acciones previstas en el Plan Obligatorio de Salud de esta Ley y las acciones de saneamiento ambiental. Este plan estará constituido por aquellas intervenciones que se dirigen directamente a la colectividad o aquellas que son dirigidas a los individuos pero tienen altas externalidades, tales como la información pública, la educación y fomento de la salud, el control de consumo de tabaco, alcohol y sustancias psicoactivas, la complementación nutricional y planificación familiar, la desparasitación escolar, el control de vectores y las campañas nacionales de prevención, detección precoz y control de enfermedades transmisibles como el sida, la tuberculosis y la lepra, y de enfermedades tropicales como la malaria.

'La prestación del plan de atención será gratuita y obligatoria. La financiación de este plan será garantizada por recursos fiscales del Gobierno Nacional, complementada con recursos de los entes territoriales'" (subrayas fuera del texto).

De esta manera, resulta claro que es el sistema de distribución del gasto público en materia de política social en salud, el que se debe adecuar a la específica situación de debilidad manifiesta de los enfermos que sufren de afecciones epidémicas como el sida, y no éstos a la regulación administrativa. En este caso, tanto el ordenamiento constitucional como su desarrollo legal (Ley 100 de 1993), reconocen como beneficiario del servicio público de la seguridad social en salud a quién, como a Y, se le diagnostica una enfermedad epidémica -o catastrófica-, y mortal, y no es afiliado al Sistema General de Seguridad Social por carecer de recursos económicos para contribuir, o para costear su tratamiento. El costo de la atención de ese derecho, y las obligaciones patrimoniales que se generan por el diagnóstico y el tratamiento de estos enfermos, fue objeto de consideración en la sentencia SU-480/97 antes citada; y como es evidente que dos años después de dictada ésta, se siguen violando los derechos fundamentales de estas personas, y las autoridades responsables de esas violaciones siguen aduciendo como justificación para haber actuado de esa manera la misma razón reglamentaria: el artículo 9° del Acuerdo No. 77 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, para hacer que en este caso de incompatibilidad entre una norma reglamentaria y la Constitución, se respete no sólo la supremacía de la norma constitucional (art. 4), sino la de los derechos fundamentales de todos (C.P. art. 5), se ordenará al CONPES que proceda a revisar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de este fallo, el sistema de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de la seguridad social en salud (Ley 100/93 arts. 211-217), a fin de garantizar que su aplicación no dé como resultado, la violación sistemática de los derechos fundamentales de los titulares de ese derecho que, enfermos, no pueden pagar por el diagnóstico y tratamiento de la clase de enfermedad epidémica que sufrió Y.

## DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala Tercera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali del 15 de septiembre de 1998, únicamente por haber sobrevenido la muerte de Y durante el trámite del proceso que se revisa, y haberse configurado la consiguiente carencia actual de objeto.

Segundo. PREVENIR al representante legal del Hospital Universitario del Valle para que esa institución no vuelva a negarle a los enfermos de sida que carecen de medios económicos para pagar por su tratamiento y no son afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la atención médica que requieren, so pena de las sanciones previstas en el Decreto 2591 de 1991 para el desacato.

Tercero. PREVENIR al Secretario Municipal de Salud Pública de Cali para que no vuelva a negar la calidad de beneficiarios del sistema subsidiado de seguridad social, a quienes, siendo pobres, constitucionalmente tienen derecho a una protección especial en materia de salud, so pena de las sanciones previstas en el Decreto 2591 de 1991 para el desacato.

Cuarto. ORDENAR al CONPES que proceda a revisar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de este fallo, el sistema de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de la seguridad social en salud (Ley 100/93 arts. 211-217), a fin de garantizar que su aplicación no dé como resultado, la violación sistemática de los derechos fundamentales de los titulares de ese derecho que, enfermos, no pueden pagar por el diagnóstico y tratamiento de la clase de enfermedad epidémica que sufrió Y.

Quinto. COMUNICAR esta providencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para los efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado Ponente

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUÍZ

Secretario General (E)

Salvamento de voto a la Sentencia T-177/99

DERECHO A LA SALUD-Dimensiones (Salvamento de voto)

El derecho a la salud es un derecho complejo, que se compone, cuando menos, de dos dimensiones distintas. En primer lugar, todas las personas tienen derecho a que su salud no resulte afectada por actuaciones arbitrarias de terceros. Se trata de una dimensión negativa cuya protección inmediata no exige, normalmente, la intervención del juez en ámbitos propios de otras autoridades públicas. La orden judicial se destina simplemente a exigir el cumplimiento de claros deberes de abstención. Si la actuación de un particular o del propio Estado vulnera el derecho a la salud de alguna persona y, por conexidad, afecta o amenaza otros derechos fundamentales, nada obsta para que la acción de tutela proceda. El derecho a la salud tiene también una dimensión positiva o prestacional. En efecto, las personas no sólo deben tener derecho a que nadie perjudique su integridad personal, sino a ser atendidas en aquellos casos en los cuales sufren de una dolencia que afecta su salud. No obstante, las prestaciones dirigidas a satisfacer la dimensión positiva del derecho a la salud, incluso cuando de ellas depende la protección de un derecho constitucional fundamental, deben ser definidas, en principio, por el legislador.

DERECHO A LA SALUD-Prestación a cargo del Estado/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Prestación a cargo del Estado (Salvamento de voto)

“El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica. No obstante la afinidad sustancial y teleológica que estos derechos mantienen con la vida y la libertad – como que a través suyo la Constitución apoya, complementa y prosigue su función de salvaguardar en el máximo grado tales valores

superiores -, las exigencias que de ellos surgen no pueden cumplirse al margen del proceso democrático y económico”.

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-No son de aplicación inmediata/DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Solución no puede confiarse al juez (Salvamento de voto)

“Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtirse para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial. La decisión sobre la financiación del gasto público y su destinación, debe respetar el cauce trazado por el principio democrático. Se trata de aspectos esenciales de la vida social cuya solución no puede confiarse a cuerpos administrativos o judiciales carentes de responsabilidades políticas y que no cuentan con los elementos cognoscitivos necesarios para adoptar posiciones que tienen efecto global y que no pueden asumirse desde una perspectiva distinta”.

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Protección dada por el juez vulnera principios fundamentales (Salvamento de voto)

“Al margen de la ley, la justicia económica y social que innovativamente aplique el juez y que se traduzca en prestaciones materiales a cargo del Estado, no podrá amparar a todos los que se encuentran en la misma situación del actor y, en todo caso, desconocerá siempre su costo final y las posibilidades de sufragarlo. La justicia material singular que afecta el principio de igualdad, dentro de una visión general, y que, por otra parte, soslaya el principio democrático y pretermite los canales de responsabilidad política dentro del Estado, no es exactamente la que auspicia el Estado social de derecho ni la que va a la postre a establecerlo sobre una base segura y permanente. La función de reparto y distribución de bienes, que se traducen en gasto público, en una sociedad democrática, originariamente corresponde al resorte del

legislador, de cuyas decisiones básicas naturalmente se nutren las consiguientes competencias administrativas y judiciales. La justicia social y económica, que se logra gracias a la progresiva e intensiva ejecución de los derechos económicos, sociales y culturales, se reivindica y se lucha en el foro político. La dimensión del Estado social de derecho, en cada momento histórico, en cierta medida, es una variable de la participación ciudadana y de su deseo positivo de contribuir al fisco y exigir del Estado la prestación de determinados servicios”.

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Soluciones dadas por el juez pueden crear mayores injusticias/DERECHO A LA SALUD-Es derecho subjetivo cuando se adopta una decisión del legislador (Salvamento de voto)

La “justicia del caso concreto” no se traduce, normalmente, en la construcción de un “orden justo”, pues al intervenir en la distribución de recursos escasos, está creando privilegios y exclusiones que pueden terminar por excluir del grupo original de beneficiarios, a personas que probablemente necesiten de prestaciones urgentes para satisfacer necesidades vitales. La perspectiva meramente individual que presenta un caso concreto y la falta de herramientas técnicas del juez de tutela para evaluar la situación general sobre la que habrá de influir su decisión, constituyen razones suficientes para que, en principio, el funcionario judicial deba respetar los criterios de distribución del gasto social diseñados por los órganos de gobierno y, por lo tanto, omita proferir una orden que puede tener enormes y trágicas consecuencias. Por esta razón, en principio, derechos de prestación como el derecho a la salud sólo se convierten en derechos subjetivos cuando se adopta una decisión del legislador a este respecto.

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Test para la protección excepcional por tutela (Salvamento de voto)

Para que proceda la acción de tutela enderezada a la protección de un derecho prestacional no fundamental, cuando no existe una disposición en derecho legislado que le confiera al actor el derecho subjetivo a la prestación que solicita se requiere: (1) que se compruebe un atentado grave contra la dignidad humana; (2) que el sujeto afectado pertenezca a sectores vulnerables de la población; (3) que el Estado tenga la posibilidad jurídica y fáctica de prestar el apoyo material mínimo para garantizar la defensa de los derechos amenazados; (4) que el

Estado haya dejado, sin justificación suficiente, de socorrer a la persona amenazada; (5) que sin la ayuda del Estado el actor no tenga alternativa de defensa y sucumba ante su propia impotencia.

SISBEN-Estudio a fondo del diseño para establecer su manifiesta irrazonabilidad (Salvamento de voto)

GASTO SOCIAL EN SALUD-Diseño de política de focalización obedece a decisiones políticas y técnicas (Salvamento de voto)

CLAUSULA DE ERRADICACION DE LAS INJUSTICIAS PRESENTES-Impone al legislador el formular políticas y ordenar medidas (Salvamento de voto)

POLITICA SOCIAL-Niveles/POLITICA SOCIAL DE MERCADO-Alcance (Salvamento de voto)

POLITICA SOCIAL ASISTENCIAL-Alcance (Salvamento de voto)

CONPES-Focalización geográfica y focalización individual (Salvamento de voto)

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Población pobre y vulnerable del país (Salvamento de voto)

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Necesidad de focalizar los recursos hacia los beneficiarios (Salvamento de voto)

SISBEN-Proceso específico de selección de beneficiarios y priorización de acuerdo con recursos disponibles (Salvamento de voto)

SISBEN-Competencia de los órganos políticos y técnicos para definir esquema de prioridades/JUEZ DE TUTELA-No puede cambiar prioridades para la distribución del gasto social (Salvamento de voto)

Compete a los órganos políticos y técnicos definir el esquema de prioridades que, necesariamente, habrá de privilegiar algunas circunstancias de debilidad manifiesta sobre otras. La complejidad de las condiciones económicas, sociales y políticas propias de Estados subdesarrollados como el colombiano, determina que las situaciones que pueden generar o incrementar la vulnerabilidad de una persona tiendan a multiplicarse y a competir entre sí al

momento de definir y categorizar a los beneficiarios de los programas estatales de asistencia social. Por estos motivos, la inclusión o el peso relativo que deba otorgarse a una cierta condición de vulnerabilidad dentro de un instrumento de focalización del gasto social como el SISBEN, son cuestiones que deben ser decididas a la luz de criterios políticos - en el mejor sentido de la expresión -, en principio ajenos a la dinámica de los procesos judiciales. En consecuencia, no puede el juez de tutela, en el corto plazo que tiene para fallar y con las herramientas analíticas de que dispone, cambiar las prioridades definidas políticamente para la distribución del gasto social. En mi criterio, ello sólo sería posible si el funcionario judicial se encontrara en un caso en el que fuera absolutamente evidente la inconstitucionalidad de la preferencia, como, por ejemplo, si se emplean criterios sospechosos como los consagrados en el artículo 13 de la Carta, sin que pueda, siquiera remotamente, pensarse que se trata de una política de diferenciación positiva.

Referencia: Expediente T-183610

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Con el acostumbrado respeto, me permito exponer los motivos por los cuales me aparto de la decisión mayoritaria en el proceso de la referencia. Para tal efecto, me remitiré en algunos aspectos a la ponencia que presenté a la Sala Tercera de Revisión de Tutela de la Corporación y que no fue acogida por la mayoría.

1. La decisión de la referencia, parte de las siguientes premisas: (1) el derecho a la salud adquiere carácter de derecho fundamental en aquellas situaciones concretas en las cuales su afectación compromete el derecho a la vida; (2) en todos los casos en los cuales una amenaza del derecho a la salud pueda afectar la vida de una persona que no puede asumir directamente el costo del respectivo tratamiento, ésta adquiere el derecho subjetivo a una atención plena por parte del Estado; (3) las personas afectadas por enfermedades catastróficas como el SIDA, encuentran amenazado su derecho a la vida y, por lo tanto, si no pueden sufragar los costos respectivos, adquieren el derecho fundamental a la atención integral de su salud. En consecuencia, el actor, quien al momento de interponer la respectiva acción se encontraba afectado por el SIDA y no podía asumir directamente los gastos respectivos, tenía derecho a la atención plena y gratuita por parte del hospital demandado.

Adicionalmente, la sentencia de la cual me aparto sostiene que las autoridades locales deben inaplicar las normas existentes sobre focalización del gasto social en salud, dado que las mismas no toman en consideración si las personas padecen o no una enfermedad catastrófica. Adicionalmente, se ordena al CONPES que revise “el sistema de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de la seguridad social en salud” a fin de asegurar los derechos de las personas que no pueden cancelar el costo del “diagnóstico y tratamiento de la clase de enfermedad epidémica” que sufrió el actor. Para justificar las anteriores decisiones, se afirma que, en principio, dado que los recursos públicos destinados a satisfacer las necesidades de salud de los sectores pobres de la población son insuficientes, corresponde al legislador definir las prioridades de distribución del mismo. No obstante, se sostiene que la Constitución establece criterios específicos de distribución del gasto que no pueden ser soslayados por las autoridades legislativas y administrativas competentes. Consideran que uno de tales criterios es la atención plena y gratuita a todas las personas que sufren enfermedades catastróficas - como el SIDA -, que no pueden pagar los gastos del respectivo tratamiento.

2. La primera parte de la argumentación adolece de ciertas imprecisiones teóricas que hubieran dado un giro a la decisión adoptada. Ciertamente, en principio, el derecho a la salud adquiere carácter de derecho fundamental en aquellos supuestos en los cuales su vulneración compromete el derecho a la vida. No obstante, ello no significa que en todos los casos en los cuales una amenaza del derecho a la salud pueda comprometer la vida de una persona que no pueda asumir directamente el costo del respectivo tratamiento, surja de inmediato el derecho fundamental subjetivo a una atención plena y gratuita por parte del Estado.

El derecho a la salud, como tantos otros derechos constitucionales, es un derecho complejo, que se compone, cuando menos, de dos dimensiones distintas. En primer lugar, todas las personas tienen derecho a que su salud no resulte afectada por actuaciones arbitrarias de terceros. Se trata, en este caso, de una dimensión negativa cuya protección inmediata no exige, normalmente, la intervención del juez en ámbitos propios de otras autoridades públicas. La orden judicial se destina simplemente a exigir el cumplimiento de claros deberes de abstención, con lo cual se protege la integridad del derecho ofendido. Si la actuación de un particular o del propio Estado vulnera el derecho a la salud de alguna persona y, por conexidad, afecta o amenaza otros derechos fundamentales, nada obsta para que la acción

de tutela proceda con el fin de proteger el patrimonio jurídico constitucional del sujeto afectado.

Ahora bien, el derecho a la salud tiene también una dimensión positiva o prestacional. En efecto, las personas no sólo deben tener derecho a que nadie perjudique su integridad personal, sino a ser atendidas en aquellos casos en los cuales sufren de una dolencia que afecta su salud. No obstante, como la Corte lo ha señalado reiteradamente en su jurisprudencia, las prestaciones dirigidas a satisfacer la dimensión positiva del derecho a la salud, incluso cuando de ellas depende la protección de un derecho constitucional fundamental, deben ser definidas, en principio, por el legislador. Esta tesis no es nueva para la Corte. De hecho, fue prohijada por la Sala Plena de la Corporación en varias sentencias de unificación y ha sido aplicada por la mayoría de las Salas de Revisión de Tutelas. Al respecto, pese a su extensión, no sobra reproducir un aparte de la SU-111 de 1997, en la que se explican las razones de justicia constitucional que soportan la tesis que se defiende en el presente salvamento:

“12. El derecho a la salud y el derecho a la seguridad social remiten a un contenido prestacional que no es ajeno a la conservación de la vida orgánica. No obstante, los mencionados derechos sociales, por esta razón, no se convierten en derechos fundamentales de aplicación inmediata. El derecho a la vida protegido por el artículo 11 de la C.P., comprende básicamente la prohibición absoluta dirigida al Estado y a los particulares de disponer de la vida humana y, por consiguiente, supone para éstos el deber positivo de asegurar que el respeto a la vida física sea el presupuesto constitutivo esencial de la comunidad. Esta faceta de la vida, bajo la forma de derecho fundamental, corresponde a un derecho fundamental cuya aplicación no se supedita a la interposición de la ley y puede, por lo tanto, ser amparado a través de la acción de tutela.

La protección de la vida tiene el carácter de valor superior en la Constitución Política. La razón de ser de la comunidad política que forman los colombianos estriba en la necesidad de asegurar colectivamente el disfrute máximo de la vida y la libertad. La garantía constitucional no puede ciertamente satisfacerse con la mera interdicción que recae sobre su eliminación o supresión. El Estado como organización política de la sociedad adquiere sentido cuando, además de asegurar la intangibilidad de la vida y la libertad, se ocupa de establecer las bases de orden material y jurídico para que ellas sean posibles y su goce sea general. El

derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica. No obstante la afinidad sustancial y teleológica que estos derechos mantienen con la vida y la libertad - como que a través suyo la Constitución apoya, complementa y prosigue su función de salvaguardar en el máximo grado tales valores superiores -, las exigencias que de ellos surgen no pueden cumplirse al margen del proceso democrático y económico.

13. Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtir para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial.

14. Lo anterior no le resta fuerza jurídica a esta categoría de derechos, dado que el legislador, independientemente de su ideología y de las mayorías políticas, está vinculado por el mandato del Estado social de derecho, así éste último admita desarrollos y modulaciones distintas según los tiempos y las posibilidades materiales de la sociedad. Por el contrario, la politización forzosa del tema de las prestaciones materiales a cargo del Estado, amplía el horizonte del debate democrático. La decisión sobre la financiación del gasto público y su destinación, debe respetar el cauce trazado por el principio democrático. Se trata de aspectos esenciales de la vida social cuya solución no puede confiarse a cuerpos administrativos o judiciales carentes de responsabilidades políticas y que no cuentan con los elementos cognoscitivos necesarios para adoptar posiciones que tienen efecto global y que no pueden asumirse desde una perspectiva distinta.

15. Particularmente, en el caso del juez, la realidad del proceso le ofrece una verdad circunscrita a un caso concreto. Al margen de la ley, la justicia económica y social que innovativamente aplique el juez y que se traduzca en prestaciones materiales a cargo del

Estado, no podrá amparar a todos los que se encuentran en la misma situación del actor y, en todo caso, desconocerá siempre su costo final y las posibilidades de sufragarlo. La justicia material singular que afecta el principio de igualdad, dentro de una visión general, y que, por otra parte, soslaya el principio democrático y pretermite los canales de responsabilidad política dentro del Estado, no es exactamente la que auspicia el Estado social de derecho ni la que va a la postre a establecerlo sobre una base segura y permanente. La función de reparto y distribución de bienes, que se traducen en gasto público, en una sociedad democrática, originariamente corresponde al resorte del legislador, de cuyas decisiones básicas naturalmente se nutren las consiguientes competencias administrativas y judiciales.

No puede olvidarse que el Estado servicial corresponde a la misma comunidad políticamente organizada que decide atender y gestionar materialmente ciertos órdenes de la vida colectiva, para lo cual sus miembros conscientemente deben asumir las cargas respectivas y la función de control y fiscalización. El Estado social de derecho que para su construcción prescindiera del proceso democrático y que se apoye exclusivamente sobre las sentencias de los jueces que ordenan prestaciones, sin fundamento legal y presupuestal, no tarda en convertirse en Estado judicial totalitario y en extirpar toda función a los otros órganos del Estado y a los ciudadanos mismos como dueños y responsables de su propio destino.”

En otras palabras, existen casos dramáticos en los que, evidentemente, se presenta una vinculación entre uno o varios derechos fundamentales y la insatisfacción de una necesidad básica. Es, por ejemplo, el caso de la pensión de un anciano indigente, la vivienda de una madre cabeza de familia desplazada, la atención a la salud de un enfermo de SIDA que no está afiliado al sistema general de seguridad social. Si la acción de tutela es utilizada para formular alguna de estas pretensiones, es razonable que el juez atienda una primera intuición de justicia que lo impulse a conceder la respectiva solicitud y a ordenar que sean satisfechas las prestaciones necesarias para proteger los derechos fundamentales involucrados. No obstante, como fue explicado en el aparte transcrito de la SU-111 de 1997, este tipo de soluciones, cuando provienen de un juez, pueden terminar creando mayor injusticia de la que pretenden resolver.

La “justicia del caso concreto” no se traduce, normalmente, en la construcción de un “orden justo”, pues al intervenir en la distribución de recursos escasos, está creando privilegios y exclusiones que pueden terminar por excluir del grupo original de beneficiarios, a personas

que probablemente necesiten de prestaciones urgentes para satisfacer necesidades vitales. En efecto, cuando el juez, al margen de las reglas generales existentes, ordena incluir a una persona dentro del grupo de beneficiarios, probablemente está ordenando excluir a otra que se encuentra en iguales o peores condiciones que el sujeto que interpuso la acción de tutela y que, adicionalmente, reúne las condiciones establecidas por la legislación vigente para obtener, prioritariamente, los beneficios sociales de que se trate. La perspectiva meramente individual que presenta un caso concreto y la falta de herramientas técnicas del juez de tutela para evaluar la situación general sobre la que habrá de influir su decisión, constituyen razones suficientes para que, en principio, el funcionario judicial deba respetar los criterios de distribución del gasto social diseñados por los órganos de gobierno y, por lo tanto, omita proferir una orden que puede tener enormes y trágicas consecuencias. Por esta razón y porque el principio democrático no es un simple devaneo retórico sino la más importante garantía de la dimensión pública de la autonomía de los ciudadanos, en principio, derechos de prestación como el derecho a la salud sólo se convierten en derechos subjetivos cuando se adopta una decisión del legislador a este respecto.

La Corte Constitucional siempre ha adherido a esta doctrina, en materia de protección de derechos prestacionales. En múltiples casos de personas que han solicitado su inscripción al sistema subsidiado de seguridad social en salud a fin de recibir la atención necesaria para garantizar integralmente un derecho fundamental, la Corte ha negado la solicitud, por considerar que las personas no reunían los requisitos legales o reglamentarios para ser titulares del derecho prestacional discutido<sup>10</sup>. Contra esta posición reiterada de la Corte no puede alegarse, la tesis sostenida en la sentencia T-505/92, puesto que esta providencia se dictó antes de expedidas las normas que desarrollaron los mandatos constitucionales de protección del derecho a la salud y, en general, a la seguridad social.

3. No obstante, la propia doctrina de la Corte ha establecido una excepción a la regla general antes planteada. En efecto, a este respecto en la sentencia SU-111/97 previamente citada, se anotó:

“16. Por lo expuesto, la Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta

cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.

Así las cosas, para que proceda la acción de tutela enderezada a la protección de un derecho prestacional no fundamental, cuando no existe una disposición en derecho legislado que le confiera al actor el derecho subjetivo a la prestación que solicita se requiere: (1) que se compruebe un atentado grave contra la dignidad humana; (2) que el sujeto afectado pertenezca a sectores vulnerables de la población; (3) que el Estado tenga la posibilidad jurídica y fáctica de prestar el apoyo material mínimo para garantizar la defensa de los derechos amenazados; (4) que el Estado haya dejado, sin justificación suficiente, de socorrer a la persona amenazada; (5) que sin la ayuda del Estado el actor no tenga alternativa de defensa y sucumba ante su propia impotencia.

4. El test adoptado por la Corte en la sentencia citada ha sido aplicado posteriormente en las diferentes decisiones de la Corte. A este respecto, vale la pena mencionar la sentencia SU-225/98, citada en la sentencia de la cual me aparto. Sin embargo, es necesario expresar que esta última sentencia sólo realiza una referencia parcial y descontextualizada de la doctrina unánime, para concluir, en contra de lo que se sostiene en la propia sentencia SU-225/ 98, que el derecho a la salud de una persona que sufre una enfermedad catastrófica adquiere rango de derecho fundamental de aplicación directa e inmediata. Nada de esto se dice en la referida sentencia.

En primer lugar, la situación fáctica que en dicha oportunidad ocupó la atención de la Corte exhibía una diferencia radical con el presente caso: se trataba del derecho a la salud de los niños que, según lo dispone el propio artículo 44 de la Carta, es, en sí mismo, un derecho fundamental. Incluso en el propio texto de la sentencia, la Corte advierte que el caso de tutela que compromete un derecho prestacional que por expreso mandato constitucional tiene la naturaleza de derecho fundamental es diferente del supuesto en el cual se solicita la protección de un derecho prestacional que sólo eventualmente, por conexidad, puede llegar

a tener el carácter de derecho fundamental<sup>11</sup>.

Pese a que los hechos estudiados en la referida sentencia versaban sobre la aplicación de derechos prestacionales que, por expreso mandato constitucional, tenían el carácter de derechos fundamentales y cuyos titulares eran sujetos que gozan de innegable favor constitucional, la Corte estableció un riguroso test de procedencia de la acción. A este respecto, señaló que el juez de tutela no podía ordenar una prestación a cargo del Estado cuando ésta no había sido establecida por la ley, bajo la única consideración de que la misma es necesaria para proteger o garantizar un derecho fundamental. En palabras de la Corte:

“En primer lugar, podría sostenerse que el artículo 44 de la Carta reconoce al juez constitucional la autoridad para ordenar la disposición inmediata de todos los recursos que sean necesarios para asegurar a la población infantil la prestación de los servicios de promoción, protección y recuperación integral de su salud. Ciertamente, si el derecho a la salud, en relación con los niños, es un derecho fundamental y si el juez debe proteger integralmente los derechos fundamentales (C.P. art. 86), no cabe objeción, en principio, a esta opción. No obstante, esta alternativa plantea serias dificultades respecto de otras normas constitucionales, especialmente, aquellas que establecen la forma de gobierno democrática. Efectivamente, la asignación de los recursos necesarios para cubrir integralmente las eventuales afecciones a la salud que puede sufrir un menor, comporta una injerencia notoria y definitiva en la asignación del gasto público, contrariando principios tan nucleares al sistema democrático como aquel que indica que la tributación y adjudicación de recursos públicos, son del resorte de los órganos de representación política. En conclusión, si se aceptara esta alternativa, se estaría avalando la intervención del juez en ámbitos que, en un Estado democrático de derecho, deben ser regulados por los órganos de representación popular. En suma, esta hipótesis supone privilegiar el Estado Social, sobre el Estado democrático de derecho, sin que al parecer exista razón constitucional suficiente para ello”.

En consecuencia, se diseñó un test de procedibilidad de la acción, que se expuso de la siguiente manera:

“17. En síntesis, el juez constitucional es competente para aplicar directamente, en ausencia de prescripción legislativa, el núcleo esencial de aquellos derechos prestacionales de que trata el artículo 44 de la Carta. En estos casos, debe ordenar a los sujetos directamente

obligados el cumplimiento de sus respectivas responsabilidades, a fin de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas del menor. Si se trata de asuntos que sólo pueden ser atendidos por el Estado - bien por su naturaleza, ora por que los restantes sujetos no se encuentran en capacidad de asumir la obligación - la autoridad pública comprometida, para liberarse de la respectiva responsabilidad, deberá demostrar (1) que, pese a lo que se alega, la atención que se solicita no tiende a la satisfacción de una necesidad básica de los menores; (2) que la familia tiene la obligación y la capacidad fáctica de asumir la respectiva responsabilidad y que las autoridades administrativas tienen la competencia y están dispuestas a hacerla cumplir; (3) que, pese a haber desplegado todos los esfuerzos exigibles, el Estado no se encuentra en la posibilidad real de satisfacer la necesidad básica insatisfecha.”.

En aplicación del test anterior, la Corte decretó un numero importante de pruebas. Una vez recolectada la evidencia necesaria, la que incluyó varios escritos de las entidades demandadas, la Corporación concluyó que se cumplían todos y cada uno de los pasos descritos en el test anterior y, en consecuencia, concedió la acción de tutela. No ahorro un solo esfuerzo esta Corporación en el estudio del caso planteado.

Todo lo anterior demuestra que la cita de la sentencia SU- 225/98, realizada en la decisión de la cual me aparto es francamente imprecisa. Una lectura más detallada del mencionado fallo, hubiera demostrado que la Corte no ha entendido nunca que el juez de tutela tiene la facultad plena para adscribir derechos prestacionales so pretexto de la aplicación directa de las normas constitucionales. Para que ello ocurra se requiere, bien que se supere el test establecido en la SU-111/97, si se habla de derechos fundamentales por conexidad, ora que se apliquen las reglas de decisión definidas por la SU-225/98 si se trata de derechos fundamentales tipificados así por expreso mandato constitucional.

Lamentablemente, en la decisión de la cual discrepo, la Sala omitió la rigurosa labor argumentativa a la que estaba obligada, según la jurisprudencia transcrita y estableció una regla general que poco o nada se compadece con principios constitucionales como el de igualdad o el principio democrático: siempre que una prestación resulte necesaria para la defensa de la integridad de un derecho fundamental, el juez de tutela está autorizado para exigir que se satisfaga la correspondiente prestación.

5. Si los criterios de decisión utilizados por la Corte para lograr una verdadera armonización entre los distintos principios constitucionales, hubieran sido aplicados por la Sala, otra habría sido la decisión.

En primer lugar, resulta claro que la persona que necesitaba la prestación no tenía un derecho subjetivo a recibirla. Se trataba, justamente, de un sujeto ubicado en un sector de la población que aún no estaba cubierto por los beneficios del plan obligatorio de salud que incluye el tratamiento que se exigía. No obstante, la acción de tutela puede proceder en casos como el presente si de demuestra que se dan las circunstancias establecidas en la SU-111/97. Para ello, era necesario demostrar, entre otras cosas, (1) que el Estado tenía la posibilidad jurídica y fáctica de prestar el apoyo material mínimo para garantizar la defensa de los derechos amenazados, y, (2) que el Estado había dejado, sin justificación suficiente, de socorrer a la persona amenazada. No bastaba entonces con afirmar que, amenazado el derecho a la vida, nace, de inmediato, el derecho a la prestación social correspondiente.

6. En principio, en el caso estudiado, el Estado no tenía la posibilidad jurídica de prestar el apoyo material que necesitaba el peticionario. En efecto, la forma como se encontraba reglamentado el sistema subsidiado de seguridad social en salud y, especialmente, las reglas sobre focalización del gasto en esta materia, impedían al Estado ofrecer el tratamiento integral que solicitaba el actor. En otras palabras, las políticas definidas por las autoridades competentes habían dado prioridad en la distribución de los subsidios de salud a sectores poblacionales a los cuales no pertenecía el actor y, en consecuencia, las entidades ejecutivas se encontraban jurídicamente imposibilitadas para brindarle una atención integral.

Sin embargo, lo anterior no significa que, necesariamente, el juez deba rechazar o negar la acción de tutela interpuesta. En efecto, según la doctrina de esta Corporación, existen algunas circunstancias excepcionales en las cuales las políticas de distribución del gasto resultan inconstitucionales y, en consecuencia, deben ser inaplicadas por las autoridades administrativas. Una situación extraordinaria de ese género permitiría superar los pasos del test diseñado por la Corte en la SU-111/97, en especial, el que se refiere a la imposibilidad jurídica de la administración para otorgar la prestación solicitada.

7. Como fue mencionado, esta Corporación ha tenido la oportunidad de ocuparse de los problemas constitucionales que pueden suscitarse con ocasión de la asignación de subsidios

a personas pertenecientes a los grupos más pobres y vulnerables de la población colombiana.<sup>12</sup> Sobre este particular, la Corte ha estimado que la entrega de subsidios, analizada desde la perspectiva constitucional, envuelve, principalmente, el principio de igualdad (C.P., artículo 13).

En primer término cabe afirmar que la distribución del gasto social mediante subsidios tiende a la realización de la igualdad material. En segundo término, no sobra recalcar que con frecuencia las necesidades de los potenciales beneficiarios sobrepasa la capacidad real de otorgar los subsidios, lo que exige un especial cuidado en el diseño de las políticas de distribución, de manera tal que todas las personas tengan la posibilidad de competir, en igualdad de condiciones, por la asignación de tales recursos escasos. A juicio de esta Corporación, la efectividad del principio de igualdad en la asignación de subsidios equivale a una garantía de acceso igualitario de todos los eventuales beneficiarios a los procedimientos por medio de los cuales las instituciones públicas reparten esos subsidios. Sobre este particular, la Corte ha sentado la siguiente doctrina:

“La realización del principio de igualdad en la asignación de recursos escasos consiste en garantizar, a los posibles beneficiarios, el acceso, en condiciones de igualdad, a los procedimientos por medio de los cuales las instituciones distribuyen esos recursos. Si bien la elección de los principios y procedimientos particulares de distribución que cada entidad establece – con base en la ley – forman parte de su autonomía operativa, éstos no pueden contrariar los parámetros que se derivan de los principios y valores constitucionales: todos los posibles beneficiarios deben tener iguales oportunidades de acceso; el procedimiento no puede favorecer ningún grupo de beneficiarios en particular; los mecanismos de selección no pueden conducir a discriminaciones contrarias a la Carta, etc. En este orden de ideas, por lo menos en las dos situaciones siguientes, es innegable la dimensión constitucional de la controversia: (1) cuando el procedimiento es constitucionalmente adecuado, pero alguna de sus etapas o requisitos se violan o pretermiten y esto determina que un beneficiario sea excluido del subsidio, al cual habría accedido si el procedimiento se hubiera cumplido a cabalidad; (2) el procedimiento se observa, no obstante su diseño contraría las normas constitucionales, por ejemplo, se descubre que los mecanismos aplicados implican una exclusión sistemática de personas caracterizadas por algún factor relacionado con la raza, el sexo o la edad”.<sup>13</sup>

Según la doctrina citada, las relaciones entre los potenciales beneficiarios de subsidios y el Estado, pueden dar lugar a dos tipos de situaciones en las cuales la intervención del juez constitucional sería admisible.

En el primer tipo de situaciones, la controversia constitucional se produce como consecuencia de actuaciones irregulares u omisiones imputables a las autoridades estatales responsables de la operación y administración de las políticas de distribución del gasto. Se trata de aquellos casos en los cuales el eventual beneficiario de un subsidio, por deficiencias en la ejecución de los programas, no puede acceder al sistema de distribución del gasto o su acceso se produce en condiciones que no permiten que ese mecanismo de focalización cumpla su cometido a cabalidad.

En los casos anteriores, si la familia o persona afectada por la acción o la omisión de la autoridad pública recurre, por vía de la acción de tutela, al juez constitucional, éste podrá intervenir – siempre que no existan mecanismos ordinarios de defensa – con la finalidad de hacer cesar la amenaza que las conductas antes anotadas implican para la efectividad del derecho fundamental a la igualdad (C.P., artículo 13).

La segunda clase de controversias constitucionales que podrían surgir entre eventuales beneficiarios de subsidios y políticas de distribución del gasto público social, serían aquellas en las cuales los primeros cuestionan el diseño del instrumento de focalización como tal porque éste no les permite acceder a un subsidio al que tendrían derecho, dadas sus condiciones particulares de vulnerabilidad. Así, por ejemplo, podría ocurrir, como en el caso estudiado por la Sala en la sentencia de la referencia, que cierta persona o familia cuestionen el diseño del SISBEN porque las variables de la ficha de clasificación socioeconómica en las que se funda la construcción del índice de pobreza (v. supra), no contemplan ciertas determinantes de vulnerabilidad social que, de ser tenidas en cuenta, las haría acreedoras a un determinado subsidio.

En este tipo de eventualidades, la Corte ha considerado que las posibilidades de intervención del juez constitucional son mucho más reducidas que en la primera clase de controversias. Ciertamente, debe recordarse aquí que el diseño de las políticas públicas de focalización del gasto social corresponde a una responsabilidad que, según la Constitución Política (C.P.,

artículos 356 y 357), compete al legislador democrático y, con base en los lineamientos que éste fije, a las autoridades administrativas respectivas (v. supra). En este sentido, el juez de tutela no podría intervenir en el diseño de los instrumentos de focalización del gasto social sin sustituir, en forma ilegítima, el proceso democrático que tiende a plasmar los consensos sociales relativos al orden de prioridades conforme al cual deben asignarse los recursos públicos escasos en un determinado momento histórico. Adicionalmente, el diseño de las herramientas de focalización constituye un proceso altamente técnico que se funda, básicamente, en la identificación y ponderación de aquellas variables que definen el perfil promedio de la pobreza en Colombia. De esta manera, el margen de competencia del juez de tutela, los instrumentos de análisis de que dispone para proferir un fallo y las condiciones de tiempo en las que tiene que pronunciarse sobre la controversia planteada, no le permiten, en principio, entrar a cuestionar los dispositivos técnicos que permiten la identificación y diseño de índices y variables de pobreza, conforme a los cuales puede focalizarse el gasto social.

Por consiguiente, según la doctrina de la Corte, la intervención del juez constitucional en el diseño de herramientas de focalización como el SISBEN, se reduce a aquellos casos en los cuales sea posible constatar, a simple vista, que las variables que constituyen el instrumento de focalización contravienen, de manera flagrante, las normas constitucionales y legales en las cuales se determinan los beneficiarios de un determinado subsidio o cuando no se contemplan factores de vulnerabilidad social que, según esas mismas normas, deben ser tenidos en cuenta, en forma obligatoria, por el mecanismo de focalización de que se trate. Adicionalmente, tal falencia debe implicar que las personas o familias en quienes concurren los factores de vulnerabilidad pretermitidos por la herramienta de focalización y que, según las normas que regulan el subsidio en cuestión deberían ser beneficiarias del mismo, resultan sistemáticamente excluidas del proceso de asignación del recurso en razón de la anotada omisión.

En consecuencia, lo que la Sala debía hacer en el presente proceso era evaluar si se presentaba una eventualidad como la señalada, que, se repite, constituye un evento de manifiesta irrazonabilidad. Sólo en este caso podría entenderse superado el requisito impuesto por la SU-111/97 para que el juez constitucional pudiera ordenar la prestación solicitada o intervenir en el diseño de las políticas de adjudicación de derechos sociales o económicos.

Era entonces imperativo estudiar a fondo el diseño del SISBEN y concluir si éste era manifiestamente irracional.

8. La Sala consideró que las autoridades locales debían inaplicar las normas existentes sobre focalización del gasto social en salud, dado que ellas no reparaban en la circunstancia relativa a sí las personas se encontraban afectadas por una enfermedad catastrófica. A este respecto, entendió que el diseño actual de las políticas de focalización del gasto era “ineficiente para detectar a las personas pobres que, además, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta debido a las enfermedades que las aquejan”. A juicio de la mayoría, tal diseño es inconstitucional en la medida en que ignora la obligación constitucional de “proteger especialmente a aquellas personas que, a más de una condición económica precaria, tienen una condición física o mental que, por sí sola, les pone en innegable circunstancia de debilidad manifiesta”.

A mi juicio, una afirmación como la anterior carece de fundamento constitucional. El diseño de la política de focalización del gasto social obedece a una serie de decisiones políticas y técnicas que, necesariamente, conducen a privilegiar a unos sectores de la población sobre otros. No hay una sola norma de la Constitución que obligue a las autoridades administrativas a privilegiar a los enfermos que no pertenecen a los sectores más pobres de la población, sobre los niños, o los ancianos o las madres cabeza de familia, cuando todos ellos pertenecen a sectores verdaderamente deprimidos.

Lo ideal, lo verdaderamente justo, sería que todas las personas pudieran gozar de la prestación de bienes y servicios mínimos que les permitieran superar sus condiciones de pobreza y marginación. No obstante, actualmente no existen suficientes recursos para ello. La pregunta fundamental entonces se orienta a establecer quién es el llamado a definir cuáles sectores deben estar incluidos y cuáles excluidos de los programas de distribución del gasto social. Sobre esta cuestión y sobre la forma cómo se ha diseñado la política de focalización del gasto social, era necesario detenerse para poder resolver este caso conforme a criterios de justicia verdaderamente universales. En las páginas que siguen de este salvamento me permito transcribir la reflexión realizada en la ponencia presentada a la Sala Tercera de Revisión y que no fue aprobada por la mayoría.

“Estado social de derecho, pobreza y focalización del gasto social

El SISBEN, materia fundamental de la presente controversia, se encuentra directamente relacionado con las políticas públicas de focalización del gasto social. Ahora bien, como pasa a demostrarse, resulta indiscutible la relevancia constitucional de este tipo de políticas en un Estado Social de Derecho.

Una de las preocupaciones fundamentales de los estados latinoamericanos durante las últimas décadas ha consistido en dirigir su política social, de manera esencial, hacia la lucha contra la pobreza y, en particular, hacia la erradicación de la denominada indigencia o pobreza absoluta. Colombia no ha sido ajena a esta corriente y, por ello, durante el transcurso del presente siglo, ha establecido claros parámetros constitucionales que vinculan al Estado en estas tareas.

En este sentido, la expedición de la Carta Política de 1991 y, en especial, la determinación constituyente de caracterizar a Colombia como un Estado social de derecho (C.P., artículo 1º), así como la consagración de la obligación estatal de especial protección a los grupos más débiles y vulnerables de la población (C.P., artículo 13), establecieron nuevas bases para hacer frente al fenómeno de la pobreza. Ahora bien, como lo ha reconocido la Corte, las normas que impulsan al Estado a favor de la igualdad real y contra la marginalidad y la pobreza, no constituyen exclusivamente meras posibilidades de actuación de las autoridades públicas, sino un mandato imperativo que compromete tanto al Estado como a la sociedad.<sup>14</sup>

La determinación constitucional de un amplio repertorio de derechos económicos, sociales y culturales (C.P., artículos 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 65, 66, 67, 70 y 71); la prioridad otorgada al gasto público social como componente del presupuesto nacional (C.P., artículo 350); el establecimiento de explícitas misiones sociales del Estado colombiano (C.P., artículo 366); la distribución de las transferencias intergubernamentales con base en indicadores de pobreza y necesidades básicas insatisfechas (C.P., artículo 357); los recursos destinados a inversión social como excepción a la prohibición constitucional de rentas nacionales con destinación específica (C.P., 359-2); la posibilidad de que las entidades territoriales y descentralizadas concedan subsidios para que las personas pobres puedan pagar las tarifas

de los servicios públicos domiciliarios (C.P., artículo 368); etc., constituyen instrumentos del Estado social de derecho dirigidos a implementar y fortalecer políticas públicas centradas en la erradicación de la pobreza.<sup>15</sup> La Constitución Política, al establecer que el Estado colombiano es un Estado social de derecho (C.P., artículo 1°), reconoce el poder deshumanizador de la pobreza y hace eco de la tesis según la cual la autonomía humana es sólo una ilusión mientras el individuo no haya resuelto sus necesidades materiales más básicas. En este sentido, la Corte ha señalado que “[l]a cláusula del Estado social de derecho, tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad”.<sup>16</sup>

En directa conexión con lo señalado más arriba, esta Corporación tiene establecido que la denominada “cláusula de erradicación de las injusticias presentes”<sup>17</sup>, es decir, la obligación estatal de adoptar medidas que favorezcan a los grupos discriminados o marginados (C.P., artículo 13), dentro de los cuales se encuentra comprendida la población en situación de extrema pobreza, impone al legislador la obligación de formular las políticas y ordenar las medidas que conduzcan a la erradicación de la marginación y la discriminación.<sup>18</sup> La anotada competencia no constituye una mera atribución discrecional del legislador sino un imperativo constitucional que lo obliga a actuar en dirección de la eliminación de todas aquellas circunstancias que, en un determinado momento histórico, determinan la exclusión de ciertos sectores de la sociedad. Sobre este particular, la Corte ha manifestado:

“La adopción de medidas en favor de los grupos discriminados o marginados, no constituye una competencia meramente facultativa del legislador. La marginación y la discriminación se enuncian en la Constitución, no con el objeto de normalizar un fenómeno social, sino de repudiarlo. En este sentido, el mandato al legislador se vincula con la actividad dirigida a su eliminación. Se descubre en el precepto la atribución de una competencia encaminada a transformar las condiciones materiales que engendran la exclusión y la injusticia social.”<sup>19</sup>

Con fundamento en los mandatos constitucionales antes anotados, el legislador ha formulado una política social que se desarrolla a dos niveles. Por una parte, se encuentra aquella política social que podría denominarse “de mercado” y que se caracteriza, como su nombre lo indica, por funcionar con base en los mecanismos dispuestos por el mercado y la competencia económica. En esta medida, el acceso a los servicios sociales anejos a este tipo

de política social se encuentra sujeto al pago de contribuciones que provienen de los recursos privados de los beneficiarios. De igual modo, dentro de este esquema de política social, los servicios son prestados por empresas estatales y privadas que operan bajo un sistema de libre competencia. Conforme a lo anterior, el Estado desempeña dos funciones: (1) opera como prestador de los servicios sociales, en condiciones de igualdad a los prestadores privados y sujeto a las leyes del mercado; y, (2) obra como garante del funcionamiento del sistema, es decir, garantiza que la competencia entre las entidades prestadoras de servicios sociales se lleve a cabo en condiciones de libre competencia y que los servicios prestados se avengan a estándares mínimos de calidad. Ejemplo de este tipo de política social es el régimen contributivo de seguridad social en salud (Ley 100 de 1993, artículos 202 a 210).

De otro lado, se encuentra la política social de carácter asistencial, dirigida, de manera fundamental, a aquellos sectores de la población que, por sus condiciones de marginación y, en particular, por encontrarse en situación de extrema pobreza, carecen de los recursos económicos que les permitirían acceder a los servicios sociales “de mercado”. Los programas sociales que dependen de este tipo de política pública se caracterizan, usualmente, por ser transitorios y focalizados. Según la primera de estas características, los programas asistenciales de política social deberían ser diseñados para existir durante el lapso necesario para aumentar las capacidades productivas de los usuarios, hasta que se encuentren en una situación de ingresos tal que les permita acceder, por sí mismos, a los servicios sociales de mercado. De igual modo, se trata de programas focalizados, como quiera que se encuentran dirigidos, única y exclusivamente, a aquellos sectores de la población que, por sus condiciones de miseria e indigencia, requieren del trato asistencial.

Las políticas públicas de asistencia social se fundan, por lo general, en un esquema de subsidios a la oferta o a la demanda, cuyo financiamiento proviene, básicamente, de los presupuestos de los distintos niveles estatales.

En esta medida, es usual que, en los países con altos índices de pobreza, los recursos públicos disponibles para la asistencia social sean insuficientes para atender a toda la población susceptible de ser beneficiaria de las políticas sociales asistenciales. Por esta razón, los procesos de focalización se convierten en pilar operativo fundamental de esta clase de políticas, como quiera que permiten establecer el número y características de los

potenciales beneficiarios de los servicios frente a los recursos disponibles para su atención. Así, con base en los datos que arrojan tales procesos, es posible establecer un orden de prioridades en la atención de la población beneficiaria y diseñar los procedimientos y mecanismos conforme a los cuáles los programas sociales asistenciales vayan ampliando su cobertura de manera progresiva. Ejemplo de este tipo de política pública es el régimen subsidiado de seguridad social en salud (Ley 100 de 1993, artículos 211 a 217).

En nuestro país, la ejecución de la política social es una responsabilidad que la Constitución Política asignó principalmente a las entidades territoriales y, especialmente, a los departamentos, municipios y distritos (C.P., artículos 298, 311, 356 y 357; Ley 60 de 1993, artículos 2° y 3°). En particular, la política social de carácter asistencial, dirigida a la atención de los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana, a través de la entrega de subsidios directos a la demanda, es una obligación que recae en cabeza de las administraciones departamentales y municipales (Ley 60 de 1993, artículos 2-5 y 3-7).

Para que los programas sociales puedan llevarse a cabo de manera exitosa y los recursos provenientes del gasto social descentralizado sean invertidos eficientemente, el artículo 30 de la Ley 60 de 1993 obliga a las entidades territoriales a llevar a cabo un proceso de focalización, definido como “el proceso por el cual se garantiza que el gasto social se asigna a los grupos de población más pobres y vulnerables. Para esto, el Conpes Social, definirá cada tres años los criterios para la determinación, identificación y selección de beneficiarios y para la aplicación del gasto social por parte de las entidades territoriales”.

Con base en las facultades legales arriba anotadas, el Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES - aprobó el Documento CONPES Social N° 22, DNP: UDS-Misión Social, Focalización del Gasto Social en las Entidades Territoriales, de enero 21 de 1994, en el cual fueron establecidos “los criterios generales, instrumentos y acciones de seguimiento y control para la determinación, identificación y selección de beneficiarios para la aplicación del gasto social por parte de los municipios y distritos, a través de programas financiados con recursos provenientes de su participación en los ingresos corrientes de la nación, a partir de 1994”. Según este documento, la selección de beneficiarios de programas sociales se lleva a cabo por vía de dos mecanismos principales: (1) la focalización geográfica; y, (2) la focalización individual.<sup>20</sup>

La focalización geográfica “consiste en localizar las áreas geográficas en donde se concentra la población pobre, para dentro de ellas aplicar los programas sociales a todos sus habitantes”. De este modo, la focalización geográfica utiliza, como instrumento técnico básico, la estratificación socioeconómica, la cual “es una herramienta técnica de clasificación de la población que permite establecer, con base en las características de las viviendas, distintos grupos (estratos) de personas con características sociales y económicas similares”.<sup>21</sup>

Conforme al Documento CONPES arriba indicado, en ciertas oportunidades, el proceso de focalización geográfica es suficiente para identificar a los beneficiarios de un cierto programa social, tal como ocurre en el caso de los programas de infraestructura y dotación, servicios públicos domiciliarios y saneamiento ambiental.

Los criterios sobre focalización del gasto social expuestos en el Documento CONPES estudiado con anterioridad, fueron recogidos, con carácter normativo, en la Resolución N° 65 de 1994, expedida por el CONPES, en desarrollo de las facultades conferidas a este organismo por el artículo 30 de la Ley 60 de 1993.<sup>22</sup>

#### Posición del SISBEN dentro del esquema general de distribución del gasto social

En los párrafos anteriores, fueron presentados los fundamentos constitucionales, legales y reglamentarios del proceso de focalización del gasto social en Colombia, así como los instrumentos técnicos en que éste se funda. Corresponde ahora establecer cuál es la posición que ocupa el Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales - SISBEN - dentro del esquema general antes enunciado.

El SISBEN ha sido definido como “un conjunto de reglas, normas y procedimientos, que permiten obtener información socioeconómica confiable y actualizada de grupos específicos en todos los distritos y municipios del país”.<sup>23</sup> Conforme a esta definición, el SISBEN es un instrumento que permite el manejo integrado de los tres mecanismos principales de focalización del gasto social, es decir, la focalización geográfica, la focalización individual y la focalización por programas (v. supra),<sup>24</sup> con el objeto principal de facilitar “el diagnóstico socioeconómico preciso de determinados grupos de la población, muy útil para los planes de desarrollo social del municipio y la selección técnica, objetiva, uniforme y equitativa de beneficiarios de programas sociales, de acuerdo con su condición socioeconómica,

representada mediante un indicador resumen de calidad de vida”.<sup>25</sup> Además de esta función principal, el SISBEN permite, también, que las administraciones municipales y distritales, con base en los datos que recoge este instrumento, elaboren planes de desarrollo social, diseñen y elaboren programas y proyectos concretos de asistencia social, fortalezcan su desarrollo institucional, establezcan sistemas de coordinación con otros niveles de gobierno y evalúen sus metas de focalización.<sup>26</sup>

La información que alimenta las bases de datos del SISBEN proviene de los datos contenidos en la ficha de clasificación socioeconómica (v. supra), la cual consiste en un cuestionario compuesto por 62 preguntas distribuidas en dos grupos. El primer grupo tiende a localizar, identificar y registrar los “antecedentes sociodemográficos” de los eventuales beneficiarios de los programas sociales. Por su parte, el segundo grupo de preguntas persigue la construcción de un indicador que resume la calidad de vida de esos beneficiarios.<sup>27</sup> El diseño de la ficha de clasificación socioeconómica se basó en la Encuesta de Caracterización Socioeconómica, practicada a 25.000 familias en toda Colombia a mediados de 1993. Por medio de esta encuesta, se buscó determinar cuáles eran las variables más determinantes en la caracterización de la pobreza en el país. En este sentido, se recolectaron una serie de datos acerca de “un amplio número de variables socioeconómicas, demográficas, educativas y de salud de las familias, así como las características de la vivienda y la disponibilidad de servicios públicos”.<sup>28</sup> Con esta información, y, luego de determinar el peso relativo de cada una de las variables, se procedió a la construcción de un Índice de Pobreza a nivel familiar, con base en el cual se determina la población en situación de mayor pobreza y vulnerabilidad.<sup>29</sup>

Conforme a lo anterior, la ficha de clasificación socioeconómica contiene información relacionada con cuatro clases de variables:<sup>30</sup> (1) vivienda (material de las paredes, de los pisos y de los techos y equipamiento de electrodomésticos); (2) servicios (acueducto, alcantarillado y disposición final de basuras); (3) educación y seguridad social (educación promedio de las personas que componen la familia con 12 o más años de edad, años de educación del jefe de familia y afiliación a la seguridad social del jefe de familia); y, (4) ingreso y composición familiar (ingreso per cápita de la familia, número de cuartos por persona, proporción de niños de 0 a 6 años de edad por familia y proporción de personas ocupadas por familia).

Una vez recolectada la información correspondiente a cada una de estas cuatro variables, se obtiene un puntaje que puede ir de 0 a 100 puntos para cada una de las familias, individuos, grupos de familias, barrios, manzanas o cuadras encuestados, los cuales serán más pobres cuanto más se acerquen a 0, y menos pobres cuanto más cerca estén de 100.<sup>31</sup> Entre los puntajes de 0 y 100, las autoridades responsables del diseño del SISBEN han establecido seis puntos de corte, correspondientes a seis niveles de pobreza, con la finalidad de determinar qué familias o individuos pueden recibir los subsidios que entregan los distintos programas de asistencia social y establecer órdenes de priorización. Los niveles de pobreza del SISBEN y los puntajes correspondientes a cada uno de éstos son los siguientes:<sup>32</sup>

#### Nivel de Pobreza

Zona Urbana

Zona Rural

SISBEN 1

0 -36

0 - 18

SISBEN 2

36 - 47

18 - 30

SISBEN 3

47 - 58

30 - 45

SISBEN 4

58 - 69

45 - 61

SISBEN 5

61 - 81

SISBEN 6

86 - 100

81 -100

Con base en la estratificación antes señalada, la mayoría de los programas sociales basados en la entrega de subsidios, han sido dirigidos a los niveles 1 y 2 del SISBEN (programas de la Red de Solidaridad Social y régimen subsidiado de seguridad social en salud, entre otros) y, en casos excepcionales, al nivel 3.<sup>33</sup>

Desde el punto de vista operativo, el SISBEN es una responsabilidad que corresponde a los municipios y distritos, quienes deben recolectar y procesar la información, con el apoyo y la asistencia técnica de los niveles nacional y departamental.<sup>34</sup> En efecto, el municipio o distrito recoge la información a través de la práctica de las respectivas encuestas, bien sea de manera directa o por medio de empresas privadas u organizaciones no gubernamentales, con las que puede suscribir contratos para estos efectos. Una vez recolectada, la información debe ser procesada y sistematizada a través de un software especial suministrado por el Departamento Nacional de Planeación que permite la selección de los beneficiarios según los puntajes de corte señalados más arriba (v. supra), así como el registro y seguimiento de los distintos programas de subsidios que el distrito o municipio pongan en marcha.<sup>35</sup>

Finalmente, cabe mencionar que, durante la fase de implementación del SISBEN, deben ser encuestados todos aquellos individuos o familias que habiten en sectores pobres, previamente identificados por el municipio o distrito. Luego de esta primera etapa, las familias o individuos que no fueron encuestados, lo serán a medida que soliciten algún subsidio o beneficio. De igual forma, una familia o individuo deberá ser nuevamente encuestado cuando varíe su lugar de residencia o se presenten modificaciones en sus

condiciones de ingreso, de ocupación, etc. La información así recogida, tendrá una duración de tres años, transcurridos los cuales los individuos o familias deberán volver a ser encuestados si desean permanecer en el SISBEN.<sup>36</sup>

Una vez establecido el marco y características generales de la focalización del gasto social en Colombia y del Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales - SISBEN - en particular, debe determinarse la relación de los mismos con los derechos de los eventuales beneficiarios de los programas sociales que se fundan en ese sistema de focalización. Por las características del caso que se analiza, la Corte hará especial énfasis en el derecho constitucional a la salud y con los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los potenciales usuarios del sistema general de salud.

#### Fundamento constitucional y desarrollos del Régimen subsidiado de salud

El artículo 48 de la Constitución Política, luego de establecer que la seguridad social “es un servicio público de carácter obligatorio” y un derecho irrenunciable de los colombianos, defiere al legislador la fijación de los términos en los que este servicio habrá de prestarse. Conforme a lo anterior, la fijación de los distintos regímenes de seguridad social, así como de los requisitos para acceder a éstos, fueron cuestiones que el Congreso de la República estableció por medio de la Ley 100 de 1993.

El régimen subsidiado de seguridad social en salud se encuentra contemplado por los artículos 211 a 217 de la Ley 100 de 1993. Según el artículo 211, “[e]l régimen subsidiado es un conjunto de normas que rigen la vinculación 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 (...)”. Por su parte, el artículo 212 determina que el propósito central del régimen subsidiado consiste en “financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar”. Igualmente, esta norma establece que la definición de la forma y condiciones de operación de este régimen de seguridad social corresponderá al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (Ley 100 de 1993, artículos 171 y 172).

El artículo 213 de la Ley 100 de 1993, relativo a los beneficiarios del régimen subsidiado de seguridad social en salud, indica que se beneficiará del mismo toda la población pobre y vulnerable del país, en los términos del artículo 157 de la misma ley. De acuerdo con esta

última norma, los afiliados al régimen subsidiado serán aquellas personas “sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización”, pertenecientes a “la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana”. A renglón seguido, el artículo 157 en comento establece que, dentro de la población pobre y vulnerable beneficiaria del régimen subsidiado, tienen particular importancia “las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago”.

Habida cuenta de que el régimen subsidiado de seguridad social en salud se encuentra dirigido, en forma exclusiva, a la población pobre y vulnerable del país, surge la necesidad de focalizar sus recursos hacia esos beneficiarios. A este respecto, el artículo 213 de la Ley 100 de 1993 dispone que “[e]l Gobierno Nacional previa recomendación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definirá los criterios generales que deben ser aplicables por las entidades territoriales para definir los beneficiarios del sistema, según las normas del régimen subsidiado. En todo caso, el carácter del subsidio, que podrá ser una proporción variable a la Unidad de Pago por Capitación, se establecerá según la capacidad económica de las personas medida en función de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de sus vivienda”. Más adelante, en su párrafo, la anotada norma establece que “[e]l Gobierno Nacional, bajo los lineamientos del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, establecerá un régimen de focalización de los subsidios entre la población más pobre y vulnerable del país, en el cual se establezcan los criterios de cofinanciación del subsidio por parte de las entidades territoriales”. En particular, vale la pena anotar que la competencia para definir los mecanismos específicos de focalización, con base en los cuales se identifican los beneficiarios del régimen subsidiado de seguridad social en salud, recae en cabeza del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En efecto, el artículo 172-6 de la Ley 100 de 1993 determina que una de las funciones que corresponde desempeñar el anotado Consejo consiste en “[d]efinir los criterios generales de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de salud por parte de las entidades territoriales, dando la debida prioridad a los grupos pobres y vulnerables y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 60 de 1993”.

De igual manera, el Decreto 806 de 1998, reglamentario de la Ley 100 de 1993 en materia de afiliación al régimen de seguridad social en salud, reiteró los criterios que, en materia de beneficiarios del régimen subsidiado estableció la Ley de Seguridad Social. En efecto, el artículo 29 del mencionado decreto determina que “[s]erá afiliada al régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, a través del pago de una unidad de pago por capitación, UPCS, la población pobre y vulnerable que sea identificada como tal, de acuerdo con el sistema definido para tal efecto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”. Así mismo, la norma en comento agrega que “[t]eniendo en cuenta que la afiliación es gradual dependiendo del volumen de recursos, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definirá la población prioritaria”.

En desarrollo de las normas legales y reglamentarias antes mencionadas, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud expidió el Acuerdo N° 77 de 1997,<sup>37</sup> el cual, en su artículo 2°, determina que “[s]on beneficiarios del régimen subsidiado, toda la población pobre y vulnerable, que no tiene capacidad de pago para cotizar al régimen contributivo y en consecuencia recibe subsidio total o parcial para completar el valor de Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, de conformidad con los criterios de identificación, el orden de prioridades y el procedimiento previsto en el presente Acuerdo”. De conformidad con lo anterior, el artículo 3° del Acuerdo N° 77 de 1997 estableció el mecanismo de focalización de beneficiarios en que se basa el régimen subsidiado de seguridad social en salud, de la siguiente manera:

Cualquier ciudadano puede solicitar, en cualquier momento, que le sea aplicada la encuesta del SISBEN en su municipio de residencia. De igual manera cualquier ciudadano puede solicitar que se revise una o varias encuestas determinadas con el fin de verificar la información allí consignada, o determinar la existencia de variaciones en la información inicial, que modifiquen el puntaje obtenido”.

Como fue estudiado con anterioridad, el SISBEN es el mecanismo de focalización conforme al cual se seleccionan los beneficiarios del régimen subsidiado de seguridad social en salud,<sup>38</sup> el Acuerdo N° 77 de 1997 establece la manera de identificar ciertas poblaciones especiales tales como los niños abandonados, los indigentes y los artistas, autores y compositores (artículo 5°). De igual modo, el anotado Acuerdo radica la responsabilidad de implementar y administrar el SISBEN en los alcaldes municipales, obligándolos a mantener a disposición del

público toda la información contenida en este mecanismo de focalización (artículo 6°). Así mismo, el artículo 7° del Acuerdo N° 77 de 1997 establece diversos modos de control sobre los datos contenidos en el SISBEN.

El proceso específico de selección de los beneficiarios del sistema de seguridad social en salud, así como la priorización de los mismos de acuerdo con los recursos disponibles, se encuentran regulados por los artículos 8°, 9° y 47 del Acuerdo N° 77 de 1997. La primera de estas normas dispone:

“Artículo 8°. Continuidad de los beneficiarios afiliados. Los beneficiarios que ya se encuentren afiliados al régimen subsidiado seguirán perteneciendo a él siempre y cuando no reúnan las condiciones para pertenecer al régimen contributivo y pertenezcan a los niveles 1 y 2 del SISBEN, o hayan sido identificados como beneficiarios a través del listado censal o sean beneficiarios pertenecientes al nivel 3 del SISBEN en los casos autorizados por el CNSS.

Cuando se determine que una persona identificada mediante listado censal no reúne las condiciones para pertenecer al régimen subsidiado, se le deberá aplicar la encuesta del SISBEN por la Alcaldía respectiva”.

A su turno, el artículo 9° del Acuerdo N° 77 de 1997 determina:

“Artículo 9°.- Selección de nuevos beneficiarios. Las Alcaldías elaborarán la lista de potenciales afiliados del régimen subsidiado con base en la información obtenida, según lo dispuesto en los artículos 3°, 4° y 5° del presente Acuerdo, y la estimación de recursos disponibles para cada período de contratación.

La lista deberá estar conformada por la población perteneciente a los niveles 1 y 2 del SISBEN y la identificada conforme a lo establecido en el artículo 5° del presente Acuerdo, teniendo en cuenta el siguiente orden:

1. Población del área rural.
2. Población indígena.
3. Población urbana.

En cada uno de los grupos de población, señalados en los numerales anteriores se priorizarán los potenciales afiliados así:

1. Mujeres en estado de embarazo y niños menores de cinco años.
2. Población con limitaciones físicas, síquicas y sensoriales.
3. Población de la tercera edad.
4. Mujeres cabeza de familia.
5. Demás población pobre y vulnerable.

Dentro de cada grupo de potenciales afiliados se priorizarán de conformidad con el puntaje obtenido en la encuesta del SISBEN.

En la identificación de potenciales afiliados se incluirá el núcleo familiar.

Las Alcaldías elaborarán el listado de potenciales afiliados, en el estricto orden arriba señalado. Este listado deberá mantenerse en forma permanente, en lugar visible al público o también podrá estar a disposición para consultas a través de pantalla, y deberá actualizarse como mínimo dos veces al año, tres (3) meses antes de cada período de contratación.

Es obligación de las entidades territoriales identificar a las mujeres en estado de embarazo, mediante certificación expedida por la autoridad o institución que determine el Alcalde, con el fin de que sean tenidas en cuenta para la afiliación, en el orden establecido en el presente artículo. Igualmente, es obligación de las entidades territoriales identificar a los limitados físicos, síquicos y sensoriales, mediante certificación expedida por la autoridad o institución que determine el Alcalde.

La condición de mujer cabeza de familia será acreditada a través del procedimiento establecido en el artículo 2° de la Ley 82 de 1993.

Parágrafo 1°.- Se entenderá por núcleo familiar, el compuesto por los cónyuges o compañeros permanentes y los hijos menores de 18 años, los mayores con deficiencia física o mental, o los mayores de edad menores de 25 años siempre y cuando no tengan capacidad de pago. Las personas que no se encuentren dentro del núcleo definido deberán ser

identificadas como un núcleo familiar diferente.

Parágrafo 2°.- Las personas que actualmente estén afiliadas al régimen subsidiado continuarán en calidad de tales según la identificación establecida por el núcleo familiar definido en el SISBEN.

Cuando una persona afiliada al régimen subsidiado se traslade al régimen contributivo, lo hará con el núcleo familiar definido para este último. Los demás familiares continuarán como beneficiarios del régimen subsidiado.

Parágrafo 3°.- Los limitados físicos, síquicos y sensoriales que reúnan las condiciones para pertenecer al régimen contributivo como beneficiarios o cotizantes, deberán permanecer en éste.”

Por último, el artículo 47 del Acuerdo N° 77 de 1997 establece:

“Artículo 47.- Ampliación de beneficios y de beneficiarios del régimen subsidiado. Una vez se haya logrado en un municipio el aseguramiento de la totalidad de los beneficiarios identificados mediante el SISBEN en los Niveles 1 y 2, y si los recursos que por ley deben destinarse a subsidios a la demanda lo permiten, sin utilizar los recursos del Fosyga, el Alcalde podrá desarrollar las siguientes alternativas, previa recomendación del Consejo Territorial de Seguridad Social en Salud:

- Ampliación de los beneficiarios del régimen subsidiado incluyendo a los identificados como nivel 3 por el SISBEN, en estricto orden del puntaje de menor a mayor, y
- Ampliación de los contenidos del POS-S que lo igualen o lo aproximen a lo definido para el POS del régimen contributivo, con el respectivo ajuste del valor del subsidio”.

Del panorama normativo antes descrito, es posible deducir con claridad que la selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de seguridad social en salud se encuentra fundada, de manera exclusiva, en un único mecanismo de focalización: el Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales – SISBEN -. En este sentido, las normas que regulan el régimen subsidiado asumen el diseño del SISBEN tal como éste fue previsto en las políticas y normas genéricas de focalización del gasto social (v. supra).

En efecto, ni la Ley 100 de 1993, ni los decretos reglamentarios de la misma, ni el Acuerdo N° 77 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud exigen que el SISBEN o, en particular, la ficha de clasificación socioeconómica (v. supra) deban ser modificados o adaptados a variables o determinantes específicas del régimen subsidiado de seguridad social en salud.

En especial, es necesario resaltar que las normas antes estudiadas se limitan a señalar que la población beneficiaria del régimen subsidiado está constituida por aquellos colombianos pobres y vulnerables, sin entrar a establecer o definir criterios o variables específicos de pobreza o vulnerabilidad social. Lo más cerca que la normatividad arriba señalada se encuentra a una definición específica de variables de vulnerabilidad o pobreza se encuentra en el listado de eventuales beneficiarios que aparece en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 (madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, madres comunitarias, mujeres cabeza de familia, niños menores de un año, menores en situación irregular, enfermos de Hansen, personas mayores de 65 años, discapacitados, campesinos, comunidades indígenas, trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago) y los criterios con base en los cuales se establece el subsidio como proporción variable de la Unidad de Pago por Capitación que aparecen en el artículo 213 de la misma ley (ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y situación sanitaria y geográfica de la vivienda).

Ahora bien, es evidente que el listado que aparece en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, sólo puede considerarse como una mera enunciación - no taxativa - de posibles tipos de beneficiarios del régimen subsidiado, es decir, como una ejemplificación de los casos más comunes de pobreza y vulnerabilidad social. De otra parte, los criterios enunciados en el artículo 213 son aquellos que deben ser tomados en la cuenta para fijar el monto del subsidio, pero no necesariamente los que deben aplicarse para seleccionar los beneficiarios del régimen subsidiado de seguridad social en salud. Sin embargo, es menester resaltar que tales variables se encuentran expresamente contempladas en la ficha de clasificación socioeconómica del SISBEN (v. supra)." ( Ponencia original no aprobada por la mayoría de la Sala)

9. De la transcripción anterior, queda claro que las autoridades legislativas y administrativas

competentes optaron por privilegiar, en el proceso de asignación del gasto social, a quienes se encuentran en los sectores más pobres de la población y, adicionalmente, reúnen ciertas características de edad - niño o anciano - o circunstancias sociales - madre cabeza de familia -. Al adoptar esta decisión, excluyó del primer grupo de beneficiarios a quienes se encuentren en niveles de pobreza menos dramáticos, no obstante sufran de graves enfermedades.

Era entonces necesario definir, conforme a los parámetros hermenéuticos razonables y universales, si la exclusión del estado de salud de las personas de las variables que conforman la ficha de clasificación socioeconómica en que se funda el SISBEN violaba los derechos fundamentales del actor.

Sobre este punto, vale la pena aclarar que lo que estaba en discusión no era si las personas afectadas con el virus del SIDA eran o no merecedoras de una especial consideración y respeto por parte de las autoridades estatales. En numerosas sentencias proferidas por esta Corporación, se ha asumido la protección de quienes se encuentran afectados por dicha enfermedad ordenando, por ejemplo, que las empresas promotoras de salud les entreguen los medicamentos necesarios para hacer frente a su dolencia, incluso cuando éstos se encuentran excluidos de los planes de beneficios ofrecidos por los regímenes de seguridad social en salud. Sin embargo, lo anterior no es suficiente para erigir la infección por el virus de SIDA o, en general, el estado de salud de los ciudadanos, como una causal específica de vulnerabilidad social que necesariamente, por expreso mandato constitucional, deba ser contemplada por los instrumentos de focalización del gasto social.

Tal y como fue estudiado, de las normas constitucionales, legales y reglamentarias relativas a la distribución de gasto social para la satisfacción de las necesidades básicas de aquella parte de la población que no puede solucionarlas dentro del mercado, no se deriva, de manera expresa, la obligación de incluir, como variable de focalización o como criterio de selección de los beneficiarios, las condiciones de salud de las personas. Ciertamente, es esta una circunstancia que puede situar a una persona en condiciones de debilidad manifiesta, sin embargo, como ya se ha señalado, existen otras muchas circunstancias que conllevan idéntico resultado y que no pueden ser simultáneamente aplicadas por quienes deben

diseñar este tipo de políticas. La madre cabeza de familia, el indigente, la persona incapaz, el anciano, quien está en circunstancia de extrema pobreza, son todas condiciones que, en principio, deben ser tenidas en cuenta, pero que al competir por la distribución de recursos escasos no pueden ser constitucionalmente jerarquizadas.

En tales condiciones, compete a los órganos políticos y técnicos definir el esquema de prioridades que, necesariamente, habrá de privilegiar algunas circunstancias de debilidad manifiesta sobre otras. En efecto, la complejidad de las condiciones económicas, sociales y políticas propias de Estados subdesarrollados como el colombiano, determina que las situaciones que pueden generar o incrementar la vulnerabilidad de una persona tiendan a multiplicarse y a competir entre sí al momento de definir y categorizar a los beneficiarios de los programas estatales de asistencia social. Por estos motivos, la inclusión o el peso relativo que deba otorgarse a una cierta condición de vulnerabilidad dentro de un instrumento de focalización del gasto social como el SISBEN, son cuestiones que deben ser decididas a la luz de criterios políticos - en el mejor sentido de la expresión -, en principio ajenos a la dinámica de los procesos judiciales. En consecuencia, no puede el juez de tutela, en el corto plazo que tiene para fallar y con las herramientas analíticas de que dispone, cambiar las prioridades definidas políticamente para la distribución del gasto social. En mi criterio, ello sólo sería posible si el funcionario judicial se encontrará en un caso en el que fuera absolutamente evidente la inconstitucionalidad de la preferencia, como, por ejemplo, si se emplean criterios sospechosos como los consagrados en el artículo 13 de la Carta, sin que pueda, siquiera remotamente, pensarse que se trata de una política de diferenciación positiva.

Ahora bien, a mi juicio, la anterior decisión no implicaba que el representado del actor se encontrara completamente desprotegido. El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 determina que los colombianos que no pueden acceder al Sistema de Seguridad Social en Salud como afiliados de éste, en el régimen contributivo o en el subsidiado, pueden participar en el Sistema, de manera temporal, bajo el régimen de vinculación, mientras se produce su afiliación al régimen subsidiado.

En efecto, según el literal B del mencionado artículo 157, se consideran vinculadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, “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". En este mismo sentido se manifiesta el artículo 32 del Decreto 806 de 1998. Así mismo, el artículo 33 del citado decreto determina que las personas vinculadas al sistema "tendrán acceso a los servicios de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto, de conformidad con la capacidad de oferta de estas instituciones y de acuerdo con las normas sobre cuotas de recuperación vigentes". Por último, el artículo 49 del Acuerdo N° 77 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad en Salud reitera todo lo anterior cuando dispone que "[l]as personas, sin capacidad de pago, que no hayan podido afiliarse al régimen subsidiado por disponibilidad de recursos para subsidios a la demanda, deberán ser atendidas, en calidad de vinculados, en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas o Empresas Sociales del Estado o IPS privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta".

En conclusión, en mi criterio, la decisión adoptada excedió las facultades propias del juez de tutela y desconoció los criterios definidos por la doctrina constitucional para aceptar la procedencia de la acción de tutela cuando el peticionario solicita la protección de un derecho prestacional pese a no radicarse en su cabeza el respectivo derecho subjetivo. Adicionalmente, dada la escasez de recursos públicos destinados a satisfacer las necesidades de salud de los indigentes, con este tipo de decisiones se producen efectos trágicos puesto que se termina por excluir a quienes, según los criterios de justicia definidos por el legislador, deberían ser los primeros beneficiarios de los programas estatales dada su condición de pobreza extrema.

Fecha ut supra

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

1 Sentencias T-484/92 M.P. Fabio Morón Díaz, T-505/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-082/94 M.P. Jorge Arango Mejía, T-502/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-271/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-256/96 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-417/97 M.P. Antonio Barrera Carbonell, SU-480/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-645/97 M.P. Fabio Morón

Díaz, T-328/98 M.P. Fabio Morón Díaz y T-488/98 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

2 M.P. Fabio Morón Díaz.

3 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

4 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

5 Idem.

6 Idem.

7 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

8 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

10 Ver, entre otras, la T-971/96; SU-111/97; T-248/97.

11 “Podría sostenerse que una violación flagrante a los derechos económicos o sociales consagrados en el artículo 44 de la Carta, se encontraría claramente tipificada en la excepción a la que alude la Corte en la precitada sentencia (SU-111/97). Sin embargo, no se precisa en este caso seguir con una línea de argumentación semejante. La discusión que la Corte salda en la referida providencia hace relación a la eventual conexidad entre los derechos de prestación, como el derecho a la salud, y derechos fundamentales, como el derecho a la vida. No obstante, no se refiere a los derechos prestacionales que, adicionalmente, por expreso mandato constitucional, son derechos fundamentales y, por lo tanto, resultan susceptibles de ser defendidos mediante el mecanismo judicial de la tutela.

Por la razón expuesta, la tesis adoptada por la Corte en la sentencia SU-111/97, no puede ser simplemente transpuesta al ámbito de los derechos de prestación que, por expresa disposición constitucional, constituyen per se derechos fundamentales de aplicación inmediata. Este sería el caso, por ejemplo, del derecho a la defensa técnica o asistencia letrada (C.P. art. 29), del derecho a la educación básica primaria (C.P. arts. 44 y 67) o del derecho a la salud de los niños (C.P. art. 44).”

12 Cfr., sentencia T-499/95 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

13 Id.

14 Cfr. entre otras, las Sentencias T-406/92 (M.P. Ciro Angarita Barón); SU-111/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); SU 225/98 (Eduardo Cifuentes Muñoz)

15 Al respecto, véase la sentencia T-499/95 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

16 Sentencia SU-111/97 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

17 SU 225/98 (Eduardo Cifuentes Muñoz)

18 Al respecto, véase la sentencia SU-225/98 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

19 Id.

20 Adicional a estos métodos de focalización del gasto social, existe un tercer procedimiento - no contemplado expresamente por el Documento CONPES Social N° 22 - denominado focalización por programa, el cual determina la inversión de los recursos sociales en programas específicamente diseñados para alcanzar los sectores más pobres y vulnerables de la población. Es el caso, por ejemplo, del Programa de Atención Materno-Infantil y de los programas de atención a niños desnutridos y de alimentación escolar en escuelas localizadas en barrios pobres. Al respecto, véase DNP-UDS-Misión Social, Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales, Cartilla 1: Presentación, Santa Fe de Bogotá, D.C., 1994, p. 8.

21 A juicio del CONPES, este mecanismo de focalización permite un alto nivel de detalle en la identificación de las áreas (manzanas y cuadras) más pobres de las zonas urbanas e, incluso, en el caso de los municipios pequeños y en las zonas rurales, permite efectuar una identificación de las características sociales y económicas vivienda por vivienda. Así, con base en los datos que arroje el ejercicio de estratificación, “las manzanas, cuadras o viviendas, según el caso, que tengan estratos uno y dos se consideran pobres y hacia ellos deben dirigirse los programas y proyectos sociales”. Vale la pena destacar que el proceso de focalización geográfica basado en la estratificación socioeconómica puede ser complementado con la información contenida en los mapas de pobreza por necesidades

básicas insatisfechas de que disponen los municipios con más de 40.000 habitantes y en los inventarios de barrios subnormales que han sido realizados por algunas ciudades intermedias, así como en los datos pertenecientes a los censos de vivienda y a los registros de las empresas que prestan servicios públicos.

22 Luego de definir la focalización como “el proceso por el cual se garantiza que el gasto social se asigne a los grupos de población más pobres y vulnerables” (artículo 1°), la Resolución en comento determina que “a partir de 1994, los municipios y distritos deberán focalizar la totalidad de los recursos a que alude el artículo precedente [participación de municipios y distritos en los ingresos corrientes de la nación], destinados a educación, salud, vivienda y agua potable, en las áreas geográficas con concentración de población pobre y vulnerable” (artículo 3°). De igual modo, el artículo 5° de la Resolución N° 65 consagra los mecanismos de focalización geográfica e individual (v. supra) cuando establece que “los beneficiarios del gasto social se identificarán a través de la estratificación socioeconómica y de la ficha de clasificación socioeconómica”. En este sentido, los parágrafos 1° y 3° del artículo mencionado disponen, respectivamente, que los municipios y distritos deberán adoptar la estratificación socioeconómica a más tardar el 31 de diciembre de 1994, en el caso de las zonas urbanas, y el 31 de julio de 1995, en el caso de las zonas rurales, y la ficha de clasificación socioeconómica a partir del 1° de enero de 1995. Adicionalmente, el artículo 4° de la Resolución N° 65 determina que los programas sociales basados en la entrega de subsidios a la demanda, administrados por los municipios y distritos, deberán funcionar con base en el mecanismo de la focalización individual, es decir, en la ficha de clasificación socioeconómica. Por último, el artículo 8° de la Resolución N° 65 de 1994 del CONPES señala que los criterios de focalización allí consagrados regirán por un período de tres años a partir de la publicación del anotado acto administrativo.

Una vez vencido el período de tres años antes señalado, el CONPES aprobó el Documento CONPES Social N° 40, DNP: UDS-Misión Social, Focalización del Gasto Social, de septiembre 24 de 1997, en el cual se recomendó mantener los criterios de focalización adoptados mediante la Resolución N° 65 de 1994. A este respecto, el documento arriba mencionado señaló que “[l]a aplicación de los criterios definidos en 1994 en líneas generales ha sido exitosa y está en proceso de consolidación. Lo más prudente es mantenerlos hasta contar con una evaluación de sus resultados”.

23 DNP-UDS-Misión Social, Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales, Cartilla 1: Presentación, Santa Fe de Bogotá, D.C., 1994, p. 10.

24 Id., p. 9.

25 Id., p. 10.

26 Id., p. 11.

27 Id., p. 14.

28 Id., p. 12.

29 Id., pp. 10 y 12.

30 Id., pp. 19 y 20.

32 Id., p. 20.

33 Id., p. 20.

34 Id., p. 13.

35 Id., pp. 15 y 16.

36 Id., p. 16.

37 “Por medio del cual se define la forma y condiciones de operación del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

38 Vale la pena anotar que la focalización de los potenciales beneficiarios del régimen subsidiado de seguridad social en salud con base en la información contenida en la ficha de clasificación socioeconómica en que se funda el SISBEN, también fue consagrada en el parágrafo 3° del artículo 5° de la Resolución N° 65 de 1994 del CONPES, la cual, como se vio, constituye el desarrollo normativo de las políticas generales de focalización del gasto social descentralizado (Ley 60 de 1993, artículo 30) contenidas en el Documento CONPES Social N° 22, DNP: UDS-Misión Social, Focalización del Gasto Social en las Entidades Territoriales, de enero 21 de 1994, y en el Documento CONPES Social N° 40, DNP: UDS-Misión Social,

Focalización del Gasto Social, de septiembre 24 de 1997 (v. supra). Según el artículo 5°, párrafo 3°, de la Resolución N° 65 de 1994: “Los municipios y distritos deberán adoptar, a partir del 1° de enero de 1995, el modelo de ficha de clasificación socioeconómica que será entregada, con sus instructivos de utilización, por el Departamento Nacional de Planeación en marzo de 1994. La misma ficha deberá ser utilizada para la identificación de los beneficiarios de programas especiales de auxilios a ancianos a los que se refiere el artículo 257 de la Ley 100 de 1993, así como del régimen subsidiado de seguridad social en salud, hasta tanto el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud pueda reunirse para definir los criterios generales que deben ser aplicados por las entidades territoriales para la selección de beneficiarios del sistema, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 172 y 213 de la Ley 100 de 1993”.