

Sentencia T-356/05

DERECHO A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL NIÑO-Fundamentales autónomos

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Características

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Régimen

contributivo y subsidiado

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Requisitos de afiliación

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Atención a través de las instituciones de servicios adscritas mientras se logra la afiliación

Mientras logran su afiliación al régimen subsidiado tienen la posibilidad de acceder a las instituciones de salud que reciben recursos públicos bajo la figura de la participación vinculada, esto es, que tendrán el derecho de acceder a los servicios de salud sin que se encuentren afiliados o deban afiliarse a alguno de los dos regímenes establecidos.

ACCION DE TUTELA-Asignación de ARS al grupo familiar

Referencia: expediente T-1020396

Peticionario: Claudia Patricia Agudelo Abaunza

Demandado: Alcaldía Municipal de Barrancabermeja

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil cinco (2005).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Barrancabermeja- Santander en primera instancia, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Claudia Patricia Agudelo Abaunza en representación de sus menores hijos José David y Nelvis Alexander Gómez Agudelo, contra la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja.

I. ANTECEDENTES

La señora Claudia Patricia Agudelo Abaunza, en representación de sus menores hijos interpuso acción de tutela contra la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja, por considerar vulnerados sus derechos a la seguridad social y a la salud, en razón a que la entidad accionada se niega a asignarles una ARS y a efectuar la clasificación en el SISBEN de uno de ellos, con el fin de que se les suministre la atención médica necesaria para los graves padecimientos de salud que aqueja a los niños.

1. Los hechos

* La peticionaria, quien se encuentra en tratamiento oncológico por padecer de cáncer de colón con metástasis en el hígado, afirma estar angustiada por la salud de sus dos menores hijos, por cuanto carece de los mínimos recursos económicos para brindarles atención médica por cuenta propia, ya que "...mi esposo maneja un taxi y apenas us (sic) producido cubrimos los gastos de alimentación y costos que no cubre la seguridad social que tengo."

* Por su parte su otro hijo José David Gómez Agudelo de 6 años, "...quien carece hasta de Sisben por que no se lo dieron, está presentando un estrabismo tanto del ojo izquierdo como el derecho, los ganglios del lado derecho inflamados y según pronóstico médico que debe ser confirmado por un TAC aparentemente tiene un tumor de origen desconocido."

* Expresa que está "...en imposibilidad de laborar debido a la gravedad de mi enfermedad para poder (sic) que mis hijos tengan acceso a alguna medicina por tanto y con la certeza de que su salud amerita atención inmediata instauró esta tutela"

2. Pretensiones

Solicita requerir a la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja para que "...ordene a la entidad otorgar al menor JOSE DAVID GOMEZ AGUDELO el SISBEN y la ARS con el fin de que le den atención inmediata ya que el pronóstico de padecer de un tumor así lo amerita.

En igual forma se le (sic) atención médica y psicológica al menor NELVIS ALEXANDER GOMEZ AGUDELO a quien se le debe procurar en razón a su estado de salud física y mental cada día más deteriorada"

I. PRUEBAS RELEVANTES ALLEGADAS AL EXPEDIENTE

1. Allegadas por la parte accionante

* A folio 1, copia del informe suscrito por el Doctor Horacio Campillo de la Clínica ISS Primero de Mayo de Barrancabermeja, en el cual consta el diagnóstico de la enfermedad de Síndrome Compulsivo por Meningitis Neonatal del menor Nelvis Alexander. En dicho informe se afirma que se requiere concepto de Neurología para el tratamiento.

* A folio 2, fotocopia del resultado del examen histopatológico del servicio de Oncología del Hospital Universitario Ramón González Valencia de Bucaramanga de fecha Febrero 14 de 2003, a nombre de la señora Claudia Agudelo, mediante el cual se le diagnosticó el cáncer de colon.

* A folio 3, fotocopia del registro civil de nacimiento del menor José David Gómez Agudelo, nacido el 14 de abril de 1998.

1. Practicadas por el Juzgado de Instancia

* A folio 22, copia del Dictamen Médico Legal de Estado de Salud, correspondiente al menor Nelvis Alexander Gómez Agudelo, de 11 años, practicado el 15 de octubre de 2004 por el médico forense de la Unidad Local de Barrancabermeja del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

* A folio 24, copia del Dictamen Médico Legal de Estado de Salud, correspondiente al menor Nelvis Alexander Gómez Agudelo de 6 años, practicado el 15 de octubre de 2004 por el médico forense de la Unidad Local de Barrancabermeja del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

1. Allegadas por la entidad accionada.

* A folio 33, copia de los carnés de afiliación al SISBEN correspondientes a los señores Nelvis Gómez Garnica y Claudia Patricia Agudelo Abaunza y a los menores Nelvis Alexander y José David Gómez Agudelo.

* A folio 34, certificación expedida por el Jefe de la Oficina Asesora de Planeación de la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja, de fecha 8 de octubre de 2004, en la que consta que

la señora Claudia Patricia Agudelo Abaunza y su núcleo familiar se encuentran en la base de datos del Sistema de Selección de Beneficiarios (SISBEN), del Municipio de Barrancabermeja, en la ficha socioeconómica número 302005 con un puntaje 51 en el nivel TRES (3) URBANO, desde el 18 de octubre de 2000...”

I. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA.

1. Intervención de la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja

Mediante escrito presentado el 19 de octubre de 2004 ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Barrancabermeja - Santander, el Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía Municipal, dio respuesta a la acción de tutela manifestando que:

* No es cierto lo afirmado por la accionante es su escrito, por cuanto de conformidad con la certificación expedida por la Oficina de Planeación Municipal, la señora Claudia Patricia Agudelo Abaunza y su núcleo familiar, en especial su hijo José David, se encuentran registrados en el SISBEN en el antiguo nivel 3, bajo la ficha técnica 302005 y en el nuevo SISBEN, en el Nivel 2, con la ficha 302883.

* De conformidad con la información que reposa en la Secretaría de Salud Municipal, la familia no se encuentra registrada en una ARS. Al respecto agrega lo siguiente: “...PERO EN EL MES DE NOVIEMBRE, se va a otorgar afiliación a una ARS, a los niveles 1 y 2 que son los más necesitados conforme a los cupos asignados a este municipio, para lo cual se tendrá en cuenta en primer orden como priorizable a esta familia.

Pero teniendo en cuenta la situación calamitosa de salud en que se encuentra la madre y sus dos hijos, provisionalmente en orden de prioridad, se les afiliará.”

* Según la Ley 715 de 2001 a los entes territoriales municipales les corresponde asumir únicamente el primer nivel de atención de la población pobre y vulnerable que se encuentre sisbenizada en los niveles I y II, sean comprendidos o no dentro del POS-S. La atención solicitada por la accionante, corresponde a los niveles 2, 3 y alta complejidad, la cual no se encuentra dentro del POS-S regulado por el Acuerdo 72 del CNSSS y la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud y su atención le corresponde a la Secretaría de Salud del Departamento.

* Cita las disposiciones del Acuerdo 244 del CNSSS, que regulan lo relacionado con los mecanismos de coordinación para la prestación de servicios no POS-S y estipulan el procedimiento administrativo para la afiliación al Régimen Subsidiado y los criterios de identificación y selección de beneficiarios.

* Agrega además, que en su criterio resulta inadmisibles conseguir por la vía de tutela la afiliación a la A.R.S. por cuanto el cupo está sujeto a la disponibilidad administrativa y presupuestal y en la actualidad la Secretaría de Salud no cuenta con cupos disponibles para realizar nuevas afiliaciones. Además considera que ordenar la afiliación a la ARS por vía de tutela, conllevaría al Juez a “cogobernar” o “coadministrar”.

* El hecho de tener una asignación a la ARS, no garantiza el cubrimiento total de la atención que requiere el paciente, por cuanto existen tratamientos no contemplados en el POS-S, los cuales de conformidad con lo dispuesto en la Ley 715 de 2001, deben ser atendido por los entes territoriales, que garantizan la atención en salud a la población pobre y vulnerable.

* Según lo dispuesto en el Acuerdo 260 del CNSSS, los Sisbenizados en el nivel 2, deben sufragar una contribución equivalente al 10% del valor de la cuenta.

1. Intervención de la Secretaría Local de Salud de Barrancabermeja

Mediante escrito dirigido al Juzgado de instancia el 20 de octubre de 2004, el Secretario Local de Salud de la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja, presentó sus consideraciones sobre la acción de tutela en los siguientes términos:

* Teniendo en cuenta que las patologías que presentan la accionante y sus hijos, son del nivel III y alta complejidad, su atención le corresponde garantizarla a la Secretaría de Salud Departamental de Santander, de conformidad con las competencias establecidas en la Ley 715 de 2001.

* La afiliación al Régimen Subsidiado debe efectuarse conforme al procedimiento señalado en el Acuerdo 244 del CNSSS.

* La Secretaría no cuenta con cupos disponibles para realizar nuevas afiliaciones dentro del Régimen subsidiado. Teniendo en cuenta que la accionante y su grupo familiar no acudieron a la convocatoria pública que realizó la Secretaría los días 23 a 25 de septiembre de 2004 para la asignación de los cupos en las ARS otorgados al Municipio, considera improcedente la tutela por cuanto no ha existido vulneración de derecho fundamental alguno.

* Invocando las mismas razones esgrimidas por la Alcaldía Municipal, considera que es inadmisibles por vía de tutela efectuar la asignación a una ARS. Considera que la señora Claudia Agudelo y sus hijos pueden acceder a los servicios de salud que prestan las IPS públicas o privadas con que los entes territoriales tengan suscrito contratos o convenios por el subsidio a la oferta.

* Afirma también que la accionante puede acercarse a la Secretaría Local de Salud con los carnés y la cédula para efectuar la afiliación como beneficiaria de los subsidios parciales.

1. Intervención de la Secretaría Local de Salud de Barrancabermeja

Mediante escrito presentado el 19 de octubre de 2004 ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Barrancabermeja, el Jefe de la Oficina Asesora de Planeación de la Alcaldía Municipal, se pronunció sobre la acción de tutela con similares argumentos que los esgrimidos por las demás entidades vinculadas y agregó lo siguiente:

“3) En las circunstancias actuales, la accionante no puede beneficiarse del Régimen Subsidiado por pertenecer al nivel 3, sin embargo las enfermedades que padecen sus menores hijos pueden ser atendidas por el Subsidio a la Oferta con cargo a la Secretaría de Salud del Departamento de Santander.

4) La Oficina Asesora de Planeación Municipal, no es la dependencia competente para vincular la accionante a una Administradora de Régimen Subsidiado, pues nuestra competencia se limita a la realización del censo para la Selección de los Beneficiarios de Programas Sociales “SISBEN” y con fundamento en los resultados del censo, la Secretaría Local de Salud prioriza los potenciales beneficiarios.”

IV. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

En primera instancia, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Barrancabermeja, mediante Sentencia proferida el 28 de octubre de 2004 declaró improcedente la acción, no obstante haber solicitado, a la Secretaria de Salud Municipal de Barrancabermeja colaborar en las acciones tendientes a obtener un cupo en una ARS para la accionante y sus dos menores hijos, con el fin de que les sea suministrado los tratamientos médicos que les permita mejorar su calidad de vida. Los argumentos en los que se basó el fallador fueron los siguientes:

“...en este caso se observa que la paciente está recibiendo el tratamiento adecuado para su afección oncológica y los menores se encuentran beneficiados por el SISBEN, ente que puede cubrir de manera inmediata sus dolencias; no obstante lo anterior, para ordenar un cupo en

una A.R.S., a través de acción de tutela, debe darse unas condiciones extremas, tales como enfermedades terminales o catastróficas, lo no se reviste en este caso; bien lo afirman los entes que dieron respuesta que el artículo 7º del Acuerdo 244 del CNSSS se refiere a la priorización de la población para darse un cupo quedando en segundo lugar los niños menores de cinco años, regla no cumplida por los accionantes. No puede entonces el Juez constitucional cogobernar como lo aduce la Alcaldía, ni mucho menos patrocinar ilegalidades, en el sentido de dar órdenes sobrepasando los requisitos legales que se exigen; se debe entonces realizar la solicitud ante la Oficina de Planeación Municipal y someterse como el resto de población beneficiada con el SISBEN al trámite Legale (sic). En el mes de Noviembre se inicia el otro censo de población para ubicar cupos de A.R.S., luego la accionante sin demora debe realizar los trámites legales para la consecución de los mismos.”

Agrega que de conformidad con los resultados de los exámenes practicados por Medicina Legal a los menores, no existe un riesgo inminente en relación con sus problemas de salud y además aduce que en la localidad existen organismos de filantropía como el Club de Leones, la Cruz Roja o las Damas Grises, a los que puede acudir para buscar apoyo en el tratamiento oftalmológico que requiere uno de los menores.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Legitimidad para actuar

En el presente caso quien instaura la acción de tutela es la madre de dos menores de edad que se encuentran afectados por graves enfermedades y en imposibilidad de ejercer su propia defensa, motivo por el cual la situación se ajusta a las prescripciones del artículo 10 del decreto 2591 de 1991, sobre la posibilidad de agenciar derechos ajenos.

3. Problema Jurídico

De acuerdo a la situación fáctica que ha dado lugar a la controversia objeto de la presente acción de tutela, le corresponde a esta Sala de Revisión establecer si los derechos a la salud y a la seguridad social invocados por la señora Claudia Patricia Agudelo Abaunza, quien acude en representación de sus menores hijos Nelvis Alexander y José David Gómez Agudelo, fueron vulnerados por la entidad accionada, al no asignarles una Administradora del Régimen Subsidiado de Salud - ARS a fin de que se les preste la atención médica necesaria para las graves enfermedades que padecen los menores.

4. Derecho a la salud y a la seguridad social de los niños fundamental y prevalente. Procedencia de la acción de tutela

4.1. El carácter fundamental y prevalente de los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños se encuentre reconocido tanto en la Constitución Política como en el derecho internacional, el cual ha sido aplicado en forma reiterada y permanente por la Corte Constitucional. Según el artículo 44 de la Constitución, son derechos fundamentales de los niños, entre otros, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social. Este artículo también señala que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Por su parte, los artículos 24 y 26, entre otros, de la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Colombia por Ley 12 de 1991 y ratificada el 27 de febrero del mismo año, disponen la prevalencia del derecho a la salud y la seguridad social para lo cual deberán adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

El artículo 93 de la Constitución, determina la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por Colombia y señala que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Por su parte, la Corte Constitucional, como garante del principio de la supremacía de la Constitución Política, se ha pronunciado en múltiples decisiones sobre el carácter fundamental y prevalente de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de

los niños¹, y ha desarrollado el concepto constitucional de interés superior del menor, que consiste en reconocer al niño una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes y en darle un trato equivalente a esa prevalencia que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice “el desarrollo normal y sano” del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad.

Como consecuencia del carácter fundamental y prevalente de los derechos a la salud y a la seguridad social del niño se desprenden las siguientes características: (1) son de aplicación inmediata, sin requerir desarrollo legislativo, (2) prevalecen sobre el ordenamiento legal y reglamentario,² y (3) cuando se trate de niño discapacitado reclaman una prestación de mejor asistencia integral y especializada para su rehabilitación.³

Además, el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño, se enmarca dentro del Estado social de derecho, desarrolla el principio de solidaridad, propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su desarrollo y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado.⁴

4.2. De otra parte, doctrina reiterada de esta Corporación sostiene que el derecho a la salud y a la seguridad social de los niños son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política. Aplicando esos criterios y en cumplimiento de su función de protección de los derechos constitucionales fundamentales, la Corte ha considerado que el amparo constitucional por vía de tutela es procedente como una obligación del Estado y el juez constitucional debe ser consciente que esa protección es imperativa, pues unas instancias de poder que los desconocen, acompañadas con unos jueces que se desentienden de su protección constitucional cuando ella es procedente, no generan ninguna expectativa de futuro: Del niño que hoy es desprovisto de sus derechos fundamentales no cabe esperar el ser integral y libre del mañana.⁵

5. Deber de atención a las personas que ostentan la calidad de vinculadas al Sistema General de Salud. Responsabilidad de las entidades territoriales.

5.1. El artículo 49 de la Constitución Política dispone que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, quien deberá organizar, dirigir y reglamentar la prestación del mismo, permitiendo que todas las personas puedan acceder a tales servicios sin restricciones.

Con fundamento en el artículo 49 de la Constitución, se desarrolló un régimen legal encaminado a garantizar el acceso de todas las personas a la salud y sus diferentes modalidades de prestación, con lo cual se asegura que los grupos más marginados de la sociedad, incluidas las personas en condición de indigencia que no están en capacidad de cumplir con los requisitos exigidos por la ley, tengan la posibilidad de acceder a la salud como derecho, y a los servicios médicos por ellos requeridos, como parte de la justicia social que orienta al Estado social de derecho.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 estipula la participación de todos los colombianos en el sistema General de Seguridad Social en salud, bien sea a través de la afiliación en el régimen contributivo para las personas con capacidad de pago, o a través del régimen subsidiado para las personas pobres del país o bajo la categoría de los participantes vinculados definidos como: “aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención en salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado”

Por su parte el artículo 32 del Decreto 806 de 1998 que reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud estipula que “Serán vinculadas al sistema general de seguridad social en salud las personas que no tienen capacidad de pago mientras se afilian al régimen subsidiado.” Y el artículo 33 de la mencionada disposición determina los beneficios de las personas vinculadas al sistema, así: “Mientras se garantiza la afiliación a toda la población pobre y vulnerable al régimen subsidiado, las personas vinculadas al sistema general de seguridad social en salud, 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.”

Al régimen subsidiado establecido por la Ley 100 de 1993, pertenecen las personas

integrantes de los estratos 1 y 2, es decir, la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, con especial énfasis: las madres durante el embarazo, parto, post parto y lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los artistas y deportistas, los trabajadores y profesionales independientes, los toreros y sus subalternos, los periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago. Esta clase de participantes en donde se ubican las personas económicamente menos favorecidas y aún no incorporadas al sistema de seguridad social en salud, son transitorios y no por ello constituyen un tercer régimen⁶.

Mientras logran su afiliación al régimen subsidiado tienen la posibilidad de acceder a las instituciones de salud que reciben recursos públicos bajo la figura de la participación vinculada, esto es, que tendrán el derecho de acceder a los servicios de salud sin que se encuentren afiliados o deban afiliarse a alguno de los dos regímenes establecidos.

Por su parte, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud expidió el acuerdo 244 de 2003, con el propósito de integrar en un solo cuerpo normativo las disposiciones que determinan la forma y operación del régimen subsidiado, en armonía con las competencias y el modelo de asignación de recursos a las entidades territoriales establecido en la Ley 715 de 2001. Es así como, el proceso de afiliación al régimen subsidiado de conformidad con éste acuerdo, se inicia con la identificación de la población pobre y vulnerable, sin capacidad de pago, en todos los municipios del país, mediante la aplicación de la encuesta del Sistema de Información de Beneficiarios de Programas Sociales - Sisben - o mediante instrumentos de identificación de potenciales beneficiarios diferentes de la encuesta, dirigidos a los grupos de población de menores abandonados, indigentes, desplazados, comunidades indígenas, desmovilizados, madres comunitarias, personas de la tercera edad, entre otros.

La aplicación de la encuesta Sisben y de los listados censales es responsabilidad de los alcaldes de los respectivos municipios, quienes deberán elaborar las listas de potenciales afiliados al régimen subsidiado, clasificados en los niveles 1 y 2, por orden de prioridad según se trate de recién nacidos, población del área rural, indígenas o población del área urbana, o teniendo en cuenta que se trate de: mujeres embarazadas, menores de 5 años, discapacitados, mujer cabeza de familia, tercera edad, desplazados, madres comunitarias y

desmovilizados.

Para la afiliación, las entidades territoriales a través de las direcciones departamentales, municipales o distritales de salud, convocarán a los potenciales beneficiarios – según el orden de prioridad y de cupos – para que escojan libremente la administradora del régimen subsidiado ARS, que ha sido debidamente seleccionada por el ente territorial mediante concurso.

Es claro que mientras se ejecuta este proceso no es admisible excluir a la población de menores ingresos del servicio de salud, puesto que una omisión en tal sentido sería contraria a la garantía del derecho irrenunciable a la seguridad social, contenida en el artículo 48 C.P. Por ende, es deber del Estado la implementación de medidas legales y administrativas adecuadas para lograr la cobertura de las dos categorías: las personas afiliadas y los participantes vinculados.

En lo que respecta a los afiliados, la atención en salud se suministra conforme a los planes obligatorios y de beneficios de cada uno de los regímenes – contributivo y subsidiado – ofrecidos por las empresas promotoras de salud y las administradoras del régimen subsidiado, respectivamente. Con relación a los participantes vinculados, éstos tienen el derecho de acceso al servicio médico en las instituciones de salud que administran recursos públicos.

5.2. La Ley 715 de 2001 establece claramente las competencias de las entidades territoriales en materia de prestación de servicios de salud de los participantes vinculados. El artículo 43-2 de la ley determina que corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el sistema general de seguridad social en salud en el territorio de su jurisdicción y le asigna entre otras las funciones de gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas. También debe financiar con recursos propios o asignados por participaciones la prestación de servicios de salud de esta población, así como también le corresponde organizar, dirigir, coordinar y administrar la red de instituciones prestadoras de servicios de salud públicas en el departamento.

Ahora bien, en materia de distribución de recursos para prestación del servicio de salud a la

población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, el artículo 49 dispone que a cada departamento le corresponde el 59% de los montos estipulados, los cuales deberán destinarse para garantizar la atención en salud de los servicios diferentes a los de primer nivel de complejidad, con los mismos criterios que la Nación aplica en la distribución para este componente. El 41% restante se deberá destinar a financiar la atención en el primer nivel de complejidad de cada uno de los municipios y corregimientos de los respectivos departamentos.

Así las cosas, la asignación de competencias de las entidades territoriales está acorde con las distintas instancias del proceso de cobertura en salud de la población pobre del país a las que se hizo referencia anteriormente. En tal sentido, los municipios están encargados de identificar a los habitantes menos favorecidos de su jurisdicción, a fin de inscribirlos en el Sisben y, con base en los contratos que suscriba para ello, obtener su afiliación a una administradora del régimen subsidiado. Respecto a los departamentos, su competencia radica en la atención en salud “en lo no cubierto por los subsidios a la demanda”, esto es, el suministro del servicio público de salud a los participantes vinculados que aún no han sido afiliados a una ARS.

En conclusión, el modelo legal dirigido a garantizar el derecho a la seguridad social en salud a la población de menores ingresos permite el suministro de la atención, en condiciones de accesibilidad suficiente, a los participantes vinculados.⁷

6. Caso concreto

En el presente caso, la señora Claudia Patricia Agudelo Abaunza, quien padece de cáncer de colon con metástasis en el hígado, en representación de sus menores hijos ha solicitado mediante la presente acción de tutela la asignación de una administradora del régimen subsidiado A.R.S., con el fin de que se les suministre la atención médica necesaria para los graves padecimientos de salud que aqueja a los niños.

Conforme al acerbo probatorio obrante en el expediente se tiene lo siguiente:

- De conformidad con lo afirmado en el escrito de respuesta de la presente acción de tutela, por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja, (fl 26 y ss.), la certificación expedida por la Oficina Asesora de Planeación del mismo ente y los

carnét de afiliación (fls. 33 y 34), la señora Claudia Patricia Agudelo Abaunza, su esposo Nelvis Gómez Garnica y sus dos menores hijos Nelvis Alexander y José David Gómez Agudelo, se encuentran registrados en el sistema del SISBEN "...en el antiguo, NIVEL 3, bajo la ficha técnica No.302005 y en el nuevo sisben, en el nivel 2 con la ficha 302883...". (fl.27)

-La accionante afirma en su escrito, no contar con recursos económicos para sufragar los gastos de los tratamientos médicos que requieren los niños, pues afirma que su esposo "...maneja un taxi y apenas con us (sic) producido cubrimos los gastos de alimentación y costos que no cubre la seguridad social que tengo."(fl.4).

- De conformidad con el dictamen de Medicina Legal (fl.22) el menor Nelvis Alexander Gómez Agudelo, de 11 años de edad, "...presenta retardo mental secundario a meningitis neonatal; por lo cual requiere de educación especial, especializada que permita mejorar su comportamiento y desarrollar condiciones mínimas y de autocuidado. (...) CONCLUSIÓN: (...) requiere de tratamiento de educación y rehabilitación por personal especializado."

La madre del menor afirma en el escrito de tutela que su hijo no habla y además "...convulsiona (sic)diariamente, es víctima de una imperactividad (sic) incontrolable a tal punto que a pesar de los cuidados ha sido atropellado dos veces por una buseta y por una moto, ingiere cualquier sustancia toxica y a pesar de que la enfermedad que padezco me incapacita constantemente para ejercer vigilancia, yo procuro estar al pendiente para evitar que el menor tenga accidentes de este tipo."

En la diligencia de ampliación de la acción de tutela (fl.46), la señora Claudia Agudelo afirmó, que en el Colegio donde recibe educación especial, lo suspenden a cada rato por cuanto "...el niño hace locuras, se quita la ropa, los zapatos, se moja y hace muchos daños y llega a la casa golpeado". Solicita para el niño: "...un tratamiento especial como educación y tratamiento neurológico, el niño toma droga para controlar las convulsiones GARGABAMAZEPINA y nos toca comprarla a nosotros, el día que no toma la droga convulsiona..."

- Por su parte el menor Jose David Gómez Agudelo, de 6 años de edad, según el dictamen médico legal (fl.24), padece de "...estrabismo convergente de ojo derecho el cual requiere tratamiento urgente por riesgo de que se presente pérdida de la visión por poca estimulación, situación que se presenta con toda certeza si no se realiza tratamiento; presenta además ganglios inflamados en cuello, axilas y región inginal que deben ser estudiadas médicamente e implementar tratamiento. (...) CONCLUSIÓN: Es imprescindible para la preservación de la salud del menor JOSE DAVID AGUDELO que reciba atención médica a corto plazo."

- La entidad accionada, la Secretaría Local de Salud y la Oficina Asesora de Planeación de la Alcaldía Municipal, quienes dieron respuesta a la acción de tutela ante el Juzgado de instancia, coinciden en afirmar que los tratamientos médicos que requieren los menores son de alta complejidad y en consecuencia de conformidad con lo establecido en la Ley 715 de 2001, corresponderá a la Secretaría de Salud del Departamento el suministro del servicio solicitado y no al Municipio de Barrancabermeja. Agregan además que la tutela es improcedente para lograr la asignación a una ARS.

- El Juzgado de conocimiento negó la tutela por considerar que el Juez constitucional no puede cogobernar ni sobrepasar los requisitos legales establecidos para la asignación de los cupos en las ARS y en consecuencia la accionante debe someterse a los trámites legales para la consecución de los cupos. Consideró así mismo, que de conformidad con los exámenes practicados por Medicina Legal, no existe riesgo inminente para la salud de los menores, quienes pueden acudir a las instituciones filantrópicas de la región en busca de la atención que requieren.

Esta Sala considera, que si bien es cierto la asignación de una ARS está sometida a procedimientos administrativos que el Juez Constitucional no puede pasar por alto, también lo es que desde su posición de garante de los derechos fundamentales, no puede desconocer que es su deber evaluar y ponderar cada caso concreto con el fin de evitar la violación o la amenaza de éstos.

De acuerdo con este criterio, ha manifestado esta Corporación que el hecho de pertenecer al régimen subsidiado y carecer de la asignación de una ARS, no impide a la persona hacer valer sus derechos fundamentales, en tanto que está en posibilidad de exigir, en calidad de

vinculado, la prestación de los servicios de salud requeridos a las entidades públicas o privadas que están en condiciones de subsidiarlos, cuando carece de medios económicos para proveerlos por su propia cuenta. En estos eventos, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, la responsabilidad de velar porque se garantice el ejercicio pleno de tales derechos, le corresponden a las Secretarías de Salud Departamental o Municipal según sea el caso.

También ha afirmado la Corte Constitucional, que estando la persona dentro del sistema Sisben y como beneficiario del Régimen Subsidiado, tal como sucede en el caso que nos ocupa, puede exigirse la asignación de una A.R.S. y la prestación de los servicios de salud a las entidades públicas o privadas que estén en condiciones de subsidiar los servicios de salud que necesite, máxime cuando se trata de graves enfermedades que afecten la salud o de personas que por sus condiciones socioeconómicas, así lo requieran.⁸

La Corte estima que, dadas las especiales circunstancias en que se encuentra el grupo familiar y en especial los menores, la protección efectiva de los derechos a la salud en conexidad con la vida y la seguridad social que se avisoran vulnerados por la entidad accionada, se alcanza por medio de la orden concreta que esta Corporación imparta para que les sea asignada una Administradora de Régimen Subsidiado ARS al grupo familiar.

En efecto, en consideración a que se trata de dos menores de 11 y 6 años de edad, que su vida y su integridad física se encuentran gravemente comprometidas debido a las patologías que sufren, cuya madre también padece una grave enfermedad terminal, además de ser personas de escasos recursos, requieren de manera apremiante que la ARS les brinde un tratamiento permanente e integral, trazado por el médico como parte de un programa de atención en salud y no como una atención de urgencias en las instituciones públicas y privadas del Municipio o del Departamento.

Lo anterior por cuanto, si bien en condición de usuarios vinculados al Sistema, pueden acudir a las instituciones de salud públicas del Municipio o del Departamento, como quedó suficientemente ilustrado en acápite precedente, puede suceder que los recursos de la oferta no estén disponibles en el momento que se requiera, o que la atención de urgencia no sea la indicada, con lo cual los niños quedarían sin la protección que la Constitución les otorga.

En consecuencia, esta Sala revocará el fallo de instancia y en su lugar concederá la tutela protegiendo los derechos a la salud en conexidad con la vida y a la seguridad social, de los menores Nelvis Alexander y José David Gómez Agudelo. Ordenará también, a la Secretaría Local de Salud de la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja, como lo hizo en la sentencia T-693 de 20049, que en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta Sentencia, se le asigne a la señora Claudia Patricia Agudelo Abaunza y a su grupo familiar, incluyendo los menores Nelvis Alexander y José David Gómez Agudelo, una A.R.S., si aún no se hubiere hecho, entidad que deberá suministrar los tratamientos médicos que se requieran. En el caso de que la atención en salud requerida por los menores no pueda ser asumida por la ARS, en razón al grado de complejidad de las enfermedades que los aquejan, la Secretaría Local de Salud deberá adelantar acciones de coordinación con la Secretaría de Salud Departamental, con el propósito de lograr el suministro de los servicios adicionales que se necesiten.

VI. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR la Sentencia proferida el 28 de octubre de 2004 por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Barrancabermeja, y en su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el de la vida, y la seguridad social, solicitada por la señora CLAUDIA PATRICIA AGUDELO ABAUNZA, en representación de sus menores hijos NELVIS ALEXANDER y JOSÉ DAVID GÓMEZ AGUDELO.

Segundo. ORDENAR a la Secretaría Local de Salud de la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja, que en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta Sentencia, se le asigne a la señora Claudia Patricia Agudelo Abaunza y a su grupo familiar, incluyendo los menores Nelvis Alexander y José David Gómez Agudelo, una A.R.S., si aún no se hubiere hecho, entidad que deberá suministrar los tratamientos médicos que se requieran. En el caso de que la atención en salud requerida por los menores no pueda ser asumida por la ARS a la cual fueron adscritos, la Secretaría Local de Salud deberá adelantar acciones de coordinación con la Secretaría de Salud Departamental, con el

propósito de lograr el suministro de los servicios adicionales que se necesiten.

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Ver sentencias SU-819 de 1999, T-093, T-582, C-1064, T-1346 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-153, T-395, T-1430, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-610 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-622 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-623 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-748, T-945, T-974, T-1331 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1462, y T-1480 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

2 Ver Sentencias T-640 de 1997 y T- 442 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

3 Ver entre otras la Sentencia T-179 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

4 Sentencias T-514 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara y T-307 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 Sentencia T-1265 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

6 Ver Sentencia C-130 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería.

7 Ver entre otras las Sentencias T-472 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería, T-593 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis y T-884 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

8 Ver Sentencia T- 1054 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

9 Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra.