

## ACCION DE TUTELA-Inexistencia de temeridad aunque se presentaron dos tutelas

Si existiera temeridad, ésta tendría que predicarse de la segunda acción, pero como ésta no fue seleccionada por la Corporación para ser revisada, esta Sala de Revisión no tiene competencia para pronunciarse al respecto. Además, aunque la Corte la hubiese seleccionado, tampoco habría lugar a la declaración de temeridad, ya que, por un lado, no se evidencia una identidad de accionados – la tutela que se revisa fue presentada en contra del Municipio de Caicedonia y de la Secretaría de Salud del mismo Municipio, y la segunda demanda en contra de la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca y del Hospital Universitario del Valle – y, por otro, el juez de instancia de la tutela objeto de este pronunciamiento, no otorgó protección a los derechos fundamentales de los accionantes, de modo que su vulneración continuó.

## DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA-Fundamental

La Corte indicó en la Sentencia T-859 de 2003, que el derecho a la salud, en su faceta prestacional, adquiere carácter fundamental en tres eventos: En primer lugar, respecto de los mínimos de atención y satisfacción obligatorios, en segundo lugar, cuando se encuentran en peligro otros derechos fundamentales como la vida y el mínimo vital, y, en tercer lugar, respecto de los contenidos que han sido establecidos y desarrollados por el ordenamiento. En estos eventos, las personas afectadas pueden acudir a la acción de tutela para hacer efectivo su derecho y obtener la prestación requerida. Estas tres situaciones concurren tratándose de los portadores de VIH/SIDA, para quienes, en consecuencia, el derecho a la salud es un derecho fundamental.

## DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA VINCULADO AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Las EPS, las ARS, las secretarías de salud municipales y departamentales, las IPS, etc., debe asumir un papel pedagógico a fin de facilitar la utilización de los servicios de salud a los que tienen derecho estas personas. Ello es especialmente importante tratándose de portadores de VIH/SIDA vinculados al sistema, a quienes no sólo no se puede obligar a esperar que se les asigne una ARS para poder comenzar a recibir atención integral en salud, sino a quienes, además, debe informárseles sobre la calidad que poseen dentro del sistema de salud y sobre las IPS que les pueden brindar los servicios que su enfermedad demanda. En este orden de

cosas, la obligación de las IPS de prestar sus servicios a las personas vinculadas al sistema de salud, no proviene del respeto del principio de confianza legítima, sino del derecho que ha sido reconocido en cabeza de aquellos.

**DERECHO A LA SALUD EN SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Participantes vinculados tienen un derecho de ejecución inmediata**

Los participantes vinculados no poseen una simple expectativa de atención, sino que tienen un derecho de ejecución inmediata que pueden exigir ante estas instituciones, por su puesto, atendiendo a su capacidad de oferta y las normas que regulan las cuotas de recuperación. Ahora bien, si a una persona vinculada se le debe realizar un tratamiento médico, aunque sea en una institución distinta de aquella en la que se diagnosticó su enfermedad, el tratamiento deberá continuarse no sólo para proteger su buena fe, sino, más que para ello, para garantizar su derecho a la salud. La orden correcta en estos eventos no es el otorgamiento inmediato de un cupo en una ARS al vinculado afectado, pues como esta Corporación ha manifestado, el juez de tutela no puede desconocer el procedimiento administrativo previsto para la afiliación al régimen subsidiado de los participantes vinculados, toda vez que dicha afiliación no es necesaria para la garantía del derecho a la salud de estas personas. Sin embargo, lo anterior no obsta para que, tratándose de portadores de VIH/SIDA, quienes, como ya se observó, se encuentran en estado de debilidad manifiesta y son acreedores de una especial protección por parte del Estado, el juez constitucional ordene a las entidades respectivas, que inicien de inmediato las diligencias pertinentes para la asignación de una ARS, con el fin de que aquellos accedan al Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado POSS y, así, puedan contar con un tratamiento más completo.

**REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Participantes vinculados**

**DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA VINCULADO AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Atención le corresponde al departamento**

Al Departamento le corresponde garantizar y financiar la atención integral en salud a la que tienen derecho los portadores de VIH/SIDA que poseen la calidad de vinculados al sistema de salud, porque: primero, se trata de una enfermedad del cuarto nivel de complejidad; y, segundo, ya que los Departamentos tienen la obligación de garantizar y financiar la atención

en salud que requieren los participantes vinculados del sistema, en los niveles distintos al primer nivel de complejidad.

Referencia: expediente T-878364

Peticionarios: Claudia Milena Ocampo Saldaña, obrando en nombre propio, como agente oficioso de Duván Hernández Gil y en representación de la menor Dayana Hernández Ocampo

Accionados: Municipio de Caicedonia, Valle del Cauca y Secretaría de Salud del Municipio de Caicedonia

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D. C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

## SENTENCIA

Que pone fin al proceso de revisión del fallo de instancia adoptado por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Caicedonia, Valle del Cauca, el 9 de febrero de 2004.

## I. HECHOS

1. Claudia Milena Ocampo Saldaña, su compañero permanente Duván Hernández Gil, y su menor hija Dayana Hernández Ocampo, son portadores de VIH, de conformidad con los exámenes que les fueron practicados en el Hospital Santander del Municipio de Caicedonia, Valle del Cauca.

1. Los tutelantes fueron clasificados en el primer nivel de pobreza del SISBEN por el Municipio de Caicedonia.

1. La peticionaria manifiesta que se ha dirigido en varias oportunidades a la Secretaría de Salud del Municipio de Caicedonia, con el fin de que se le brinde a ella y a su grupo familiar la atención médica que requieren por ser portadores de VIH.

1. Afirma que la Secretaría de Salud del Municipio de Caicedonia se niega a suministrarles la atención solicitada, argumentando que tal responsabilidad corresponde a una Entidad Administradora del Régimen Subsidiado (ARS).

1. El 26 de enero de 2004, Claudia Milena Ocampo Saldaña, obrando en nombre propio, como agente oficioso de su compañero permanente Duván Hernández Gil y en representación de su menor hija Dayana Hernández Ocampo, interpuso acción de tutela en contra del Municipio de Caicedonia y de la Secretaría de Salud del mismo Municipio, por considerar que dichas entidades estaban vulnerando sus derechos fundamentales a la salud y a la vida.

Indicó que tal vulneración provenía de la negativa de las demandadas de prestarles atención médica oportuna para hacer frente a la grave enfermedad que padecen. Agregó que presentaba la tutela como agente oficioso de su compañero permanente, debido a que éste no podía interponerla personalmente por su grave estado de salud. Y finalizó señalando que ella y su grupo familiar requieren de manera urgente la atención médica solicitada, en tanto carecen de recursos económicos para garantizarse el tratamiento que su enfermedad requiere.

Solicitó, en consecuencia, que se ordenara al Municipio de Caicedonia y a la Secretaría de Salud del mismo Municipio, que les asignara una ARS, como beneficiarios del régimen subsidiado, para que ésta, a su vez, les brindara los tratamientos médicos que requieren.

Contestación de la demanda

El 4 de febrero de 2004, Jorge Aldemar Arias Echeverri, Alcalde Municipal de Caicedonia, dio respuesta a la demanda interpuesta en contra del Municipio de Caicedonia y de la Secretaría de Salud del mismo, por Claudia Milena Ocampo Saldaña, Duván Hernández y Dayana Hernández Ocampo, oponiéndose a las pretensiones y afirmando:

En primer lugar, que si bien es cierto que los accionantes se encuentran inscritos en el SISBEN en dicha localidad, ellos nunca han acreditado la enfermedad que manifiestan que padecen.

En segundo lugar, que, en todo caso, el tratamiento del VIH corresponde al cuarto nivel de atención por ser de carácter especializado, y que los recursos que administra el Municipio son sólo para garantizar la atención del primer nivel, razón por la cual fueron remitidos a la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca.

En tercer lugar, que aunque el Municipio tiene competencias en materia de salud, su labor no es prestar directamente la atención para el tratamiento de las enfermedades, así como tampoco ordenar medicamentos o la afiliación de personas a una ARS. Sobre este último punto, sostuvo:

“Cabe agregar a la vez que para el proceso de elaboración del Listado de potenciales beneficiarios y priorizados para el reemplazo y nuevas afiliaciones en el régimen subsidiado, este (sic) debe hacerse de acuerdo a los lineamientos existentes y no por condiciones diferentes y adversas a la normatividad existente, entre estas la condición de la presencia de enfermedades de alto costo o enfermedades terminales, las cuales, por sí solas, no establecen, ni constituyen por ningún motivo o evento alguno, condición o causa de prioridad para ser tenida en cuenta en el proceso de ampliación de coberturas o de reemplazos que se pueden presentar o llevar a cabo en el desarrollo del régimen subsidiado en el respectivo municipio”

Finalizó diciendo que los accionantes nunca habían solicitado la atención demandada al Departamento, a pesar de haber sido remitidos oportunamente por la Secretaría de Salud Municipal, en tanto aquella entidad es la competente para brindar los servicios del cuarto nivel que ellos requieren.

Vinculación de la Secretaría de Salud del Departamento del Valle del Cauca

En auto del 29 de julio de 2004, una vez el expediente había sido seleccionado para ser revisado, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional ordenó poner en conocimiento del proceso a la Secretaría de Salud del Departamento del Valle del Cauca, para que se pronunciara sobre las pretensiones de los accionantes, toda vez que podía resultar afectada con la decisión que se tomara.

Posteriormente, el 31 de agosto de 2004, la referida entidad allegó a esta Corporación un memorial en el que informó que a Duván Hernández y su grupo familiar, ya se les está prestando atención médica en el Hospital Departamental “Evaristo García”, gracias a un fallo de tutela emitido el 2 de abril de 2004 por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali.

## II. PRUEBAS

1. Copia de la carta dirigida por Claudia Marcela González Hurtado, Coordinadora SAC de la Secretaría de Salud Municipal de Calcedonia, a la Coordinadora SAC de la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca, el 1º de noviembre de 2002, solicitándole autorizar el tratamiento de alto costo requerido por los pacientes Duván Hernández Gil, Claudia Milena Ocampo y Dayana Hernández Ocampo, inscritos en el SISBEN en el Municipio de Calcedonia como núcleo familiar (fol. 4).

1. Certificación expedida el 21 de marzo de 2003, por el Secretario de Salud del Municipio de Caicedonia, sobre la afiliación al nivel uno del SISBEN de Duván Hernández Gil y Claudia Milena Ocampo Saldaña, desde el 1º de junio de 1996, y de la menor Dayana Hernández Ocampo, desde el 21 de marzo de 2003 (fol. 14).

1. Oficio SM-025-04 del 29 de enero de 2004, en el que el Secretario de Salud Municipal de Caicedonia informa que los accionantes han recibido la colaboración que han requerido para su inscripción en el SISBEN, pero que dicha entidad no es la encargada de prestar la atención médico-hospitalaria por ellos solicitada, dado que sus funciones son de carácter netamente administrativo. En este documento, el Secretario también afirmó que en los registros de la

entidad no se había hallado evidencia de que los peticionario hubiesen solicitado atención médica y menos tratamientos para la enfermedad de VIH (fol. 15).

1. Copia del registro civil de nacimiento de la menor Dayana Hernández Ocampo (fol. 16).

1. Acta de la declaración rendida por Claudia Marcela González, ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Caicedonia, el 30 de enero de 2004, en la que manifestó haberse desempeñado como Secretaria de Salud del Municipio de Caicedonia desde el año 2000 hasta el 31 de marzo de 2003, y conocer a los accionantes, quienes, sostuvo, acudieron a su oficina cuando se desempeñaba en el aludido cargo para solicitar atención médica como enfermos de VIH afiliados al SISBEN. La declarante señaló que los había remitido a la Oficina de Servicios de Atención a la Comunidad de la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca, en tanto los tratamientos que requerían, por corresponder al cuarto nivel de atención, son competencia del Departamento (fol. 18).

1. Copia de la historia clínica de la menor Dayana Hernández Ocampo, elaborada por el personal médico del Hospital Santander del Municipio de Caicedonia (fols. 20 a 43). En este documento consta:

\* Que la “prueba presuntiva para identificación de anticuerpos contra el VIH” practicada a la menor Dayana Hernández Ocampo, el 25 de septiembre de 2002, arrojó como resultado REACTIVO (fol. 27).

\* Que la menor ingreso a la institución por urgencias los días 13 de septiembre de 2000, 2 de marzo de 2001, 10 de marzo de 2001, 18 de septiembre de 2001, 15 de agosto de 2002, 22 de agosto de 2002, 24 de agosto de 2002, 12 de septiembre de 2002, 14 de septiembre de

2002, 24 de septiembre de 2002, 24 de marzo de 2003 y 12 de septiembre de 2003. Los síntomas que la menor presentó en estas oportunidades fueron vómito, fiebre, cólicos, diarrea y dificultades respiratorias. El 12 de septiembre de 2003 el médico tratante además observó que la menor presentaba lesiones eritematosas generalizadas en todo el cuerpo.

\* Que la menor ingresó el 26 de enero de 2004 a la institución de urgencias con síntomas de bronconeumonía.

1. Copia de la historia clínica de Claudia Milena Ocampo Saldaña, elaborada por el personal médico del Hospital Santander del Municipio de Caicedonia (fols. 44 a 65).

1. Carta dirigida por Claudia Marcela González Hurtado, Gerente del Hospital Santander de Caicedonia, al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Caicedonia, el 30 de enero de 2004, en la que informó que la menor Dayana Hernández Ocampo y Claudia Milena Ocampo Saldaña, habían sido atendidas en dicha institución, pero no el señor Duván Hernández Gil. En el documento también se señala que la menor Dayana Hernández Ocampo fue hospitalizada en septiembre de 2002 con diagnósticos diferenciales de bronconeumonía atípica, infección de vías urinarias y VIH interrogado, razón por la cual le fue practicada una prueba presuntiva de anticuerpos con VIH que resultó positiva, que, por tal motivo, la paciente fue remitida a Cali para valoración pediátrica, que allí se confirmó el diagnóstico de VIH, y que, finalmente, en atención a los anteriores hechos, se le practicaron exámenes a los padres, exámenes que también arrojaron un resultado positivo. Por último, se indica que Claudia Milena Ocampo Saldaña nunca ha sido atendida por patologías relacionadas con el VIH, sino por otros tipo de enfermedades (fols. 66 y 67).

Luego de que el expediente fuera seleccionado para ser revisado por esta Corporación, fueron allegadas las siguientes pruebas:

1. Copia del oficio del 15 de abril de 2004, dirigido por el Secretario Departamental de Salud del Valle del Cauca, al Jefe del Hospital Universitario del Valle “Evaristo García”, autorizándole brindar atención integral en salud a Duván Hernández, como enfermo de VIH (fol. 101).

1. Copia del oficio del 27 de abril de 2004, dirigido por el Secretario Departamental de Salud del Valle del Cauca, al Jefe del Hospital Universitario del Valle “Evaristo García”, autorizándole brindar atención integral en salud a Claudia Milena Ocampo Saldaña, como enferma de VIH (fol. 102).

1. Copia del fallo de tutela proferido en primera instancia por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, en el que se ordena a la Secretaría Departamental del Valle y al Director del Hospital Universitario del Valle, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de dicha providencia, garantizaran la atención médica que Duván Hernández y su grupo familiar requirieran, además de los exámenes de laboratorio y la hospitalización que fuera necesaria (fols. 105 a 110).

### III. DECISIONES JUDICIALES

#### A. Primera Instancia

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Caicedonia, en Sentencia del 9 de febrero de 2004, denegó el amparo solicitado por Claudia Milena Ocampo Saldaña, en nombre propio y en representación de su núcleo familiar, por estimar que los accionantes no habían acreditado las reiteradas peticiones que afirmaban haber elevado ante la Secretaría de Salud del Municipio de Caicedonia para que les fuera asignada una ARS, ni tampoco la vulneración de los derechos fundamentales que invocaban.

### IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

#### A. Competencia

Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

## B. Fundamentos

Antes de abordar el caso concreto, la Sala debe analizar si existió temeridad en la interposición de la tutela que se revisa, toda vez que obra en el expediente prueba de que Duván Hernández interpuso en nombre propio, como agente oficioso de su compañera y en representación de su hija, otra acción de tutela con las mismas pretensiones, ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, tutela que fue concedida en Sentencia del 2 de abril de 2004.

Para resolver esta cuestión, la Sala recuerda que, de acuerdo con el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, la actuación temeraria ocurre cuando un accionante o su representante, sin motivo expresamente justificado, presenta la misma acción de tutela ante varios jueces o tribunales. En tales eventos, la norma dispone que deben rechazarse o decidirse desfavorablemente todas las solicitudes.

La temeridad entonces implica, por una parte, una identidad de hechos, de partes y de pretensiones entre las varias acciones de tutela que el mismo peticionario inicia, y, por otra, que no debe existir justificación para la presentación de las nuevas demandas.

De igual manera, esta Corporación ha manifestado que en tanto la buena fe se presume – como lo establece el artículo 83 de la Constitución – la temeridad debe ser cuidadosamente valorada por los jueces con el fin de no propiciar situaciones injustas, a partir de un estudio detallado de la pretensión de amparo, de los hechos y del acervo probatorio que obre dentro del proceso, estudio que debe llevar al juzgador a la fundada convicción de que la actuación procesal de la respectiva parte carece en absoluto de justificación.<sup>1</sup>

Así, por ejemplo, la justificación para la interposición de una nueva demanda puede derivarse de la presencia de nuevas circunstancias fácticas o jurídicas, o del hecho de que la jurisdicción constitucional al conocer de la primera acción, no se pronunció sobre la real pretensión del accionante<sup>2</sup>.

Adicionalmente, la Corte ha señalado que tratándose de personas en estado de especial vulnerabilidad, no es procedente negar la tutela por temeridad, a pesar de que se observe una identidad de partes, hechos y pretensiones, cuando el juez advierta que, no obstante la interposición de una o varias acciones anteriormente, los derechos fundamentales de los peticionarios continúan siendo vulnerados. Esta situación, en consecuencia, constituye otra causal que justifica la interposición de una nueva acción de tutela.

En efecto, en la Sentencia T-721 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, esta Corporación sostuvo:

“(…) cuando el presunto infractor del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, es una persona en estado de especial vulnerabilidad e indefensión, como lo están los afectados por desplazamiento forzado, en especial los niños, las mujeres y los ancianos, el Juez constitucional deberá ser en extremo cuidadoso antes de negarles la protección constitucional, cuando advierte que sus derechos constitucionales están siendo conculcados, porque su proceder podría dejar a los afectados desprovistos de amparo, a la luz de la jurisprudencia constitucional al respecto”.

En este orden de cosas, el juez constitucional no podrá negar de plano la procedencia de una acción de tutela cuando observe que antes de la presentación de la misma, el peticionario había presentado otra u otras demandas de características similares, pues primero deberá realizar un análisis detallado de los hechos y del material probatorio que le permita descartar, en primer lugar, la presunta identidad de partes, pretensiones y hechos, y, en segundo lugar, la ausencia de justificación y de buena fe en la interposición de las distintas acciones, justificación que puede provenir, por ejemplo, de la necesidad de que se protejan efectivamente los derechos fundamentales del actor.

Refiriéndonos al caso concreto, tenemos que no existió temeridad en la presentación de la tutela instaurada por Claudia Milena Ocampo Saldaña, ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Caicedonia, aunque ésta contenga las mismas pretensiones que la demanda presentada por Duván Hernández, también obrando en nombre propio, como agente oficioso de su compañera y en representación de su hija, ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, porque la tutela objeto de este pronunciamiento fue presentada con anterioridad a aquella.

Ciertamente, la tutela de la que se ocupa la Sala fue instaurada el 26 de enero de 2004 y resuelta el 9 de febrero del mismo año, mientras la tutela conocida por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, fue admitida el 17 de marzo de 2004 y decidida el 2 de abril de 2004 (fols. 105 a 110).

Ahora bien, si existiera temeridad, ésta tendría que predicarse de la segunda acción, pero como ésta no fue seleccionada por la Corporación para ser revisada, esta Sala de Revisión no tiene competencia para pronunciarse al respecto. Además, aunque la Corte la hubiese seleccionado, tampoco habría lugar a la declaración de temeridad, ya que, por un lado, no se evidencia una identidad de accionados - la tutela que se revisa fue presentada en contra del Municipio de Caicedonia y de la Secretaría de Salud del mismo Municipio, y la segunda demanda en contra de la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca y del Hospital Universitario del Valle - y, por otro, el juez de instancia de la tutela objeto de este pronunciamiento, no otorgó protección a los derechos fundamentales de los accionantes, de modo que su vulneración continuó.

Por lo tanto, como no se presentó temeridad en la presentación de la demanda bajo estudio, en principio, la acción de tutela es procedente, sin embargo, deberá pasar la Sala a analizar si se produjo el fenómeno de hecho superado.

a. Hecho superado.

En escrito de fecha 31 de agosto de 2004, la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca informó a este Despacho que los peticionarios ya se encuentran recibiendo atención médica en el Hospital Departamental "Evaristo García" de la ciudad de Cali, en cumplimiento del fallo de tutela proferido el 2 de abril de 2004, por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, información que fue corroborada por el mencionado Juzgado, quien además suministró copia de la providencia.

En consecuencia, hay lugar a declarar la existencia de un hecho superado, toda vez que las pretensiones de Claudia Milena Ocampo Saldaña y su grupo familiar estaban dirigidas, precisamente, a que se les suministrará atención integral en salud como portadores de VIH/SIDA.

No obstante, la presencia de un hecho superado no es óbice para que la Corte no analice si efectivamente se presentó una vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes y para que determine el alcance de los mismos.<sup>3</sup>

#### a. Problema jurídico

Compete determinar a esta Sala de Revisión si los derechos fundamentales de las menores Dayana Hernández Ocampo y Claudia Milena Ocampo Saldaña, y de Duván Hernández Gil a la vida y a la salud, fueron vulnerados por el Municipio de Caicedonia y por la Secretaría de Salud del mismo Municipio, al negarse a suministrarles la atención médica que solicitaban como portadores de VIH clasificados en el primer nivel de pobreza del SISBEN.

Para resolver el problema, la Sala deberá abordar las siguientes cuestiones: En primer lugar, se ocupará del derecho a la salud de los portadores de VIH/SIDA y su exigibilidad mediante el ejercicio de la acción de tutela; y, en segundo lugar, determinará la entidad a la que le corresponde prestar los servicios solicitados, en tanto, por una parte, se trata de procedimientos y tratamientos de alta complejidad y, por otra, los accionantes no son afiliados sino vinculados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

#### a. El derecho fundamental a la salud de los enfermos de VIH/SIDA

Sobre el concepto de derecho fundamental, esta Corporación señaló en la Sentencia T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett :

“(…) será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica).”

Con base en este pronunciamiento, la Corte indicó en la Sentencia T-859 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett<sup>4</sup>, que el derecho a la salud, en su faceta prestacional, adquiere carácter fundamental en tres eventos: En primer lugar, respecto de los mínimos de atención y satisfacción obligatorios<sup>5</sup>, en segundo lugar, cuando se encuentran en peligro otros derechos fundamentales como la vida y el mínimo vital, y, en tercer lugar, respecto de los contenidos que han sido establecidos y desarrollados por el ordenamiento. En estos eventos, las personas afectadas pueden acudir a la acción de tutela para hacer efectivo su derecho y obtener la prestación requerida.

Estas tres situaciones concurren tratándose de los portadores de VIH/SIDA, para quienes, en consecuencia, el derecho a la salud es un derecho fundamental, en los siguientes términos:

Por un lado, en relación con los tratamientos, procedimientos, medicamentos, etc., incluidos en el P.A.S., en el P.O.S. o en el P.O.S.S. dependiendo de su calidad dentro del sistema de salud - afiliados o vinculados -; y, en segundo lugar, respecto de las prestaciones no incluidas en los mínimos regulados, pero que sean necesarias para garantizar su derecho a la vida en condiciones dignas, en vista de la gravedad y carácter degenerativo de la enfermedad que padecen.

Además, cabe recordar que los portadores de VIH/SIDA constituyen un grupo de personas en estado de debilidad manifiesta, ya que la enfermedad que los aqueja va deteriorando de manera progresiva su estado de salud, sin que exista en la actualidad tratamiento alguno que detenga el avance del virus de manera definitiva. Por esta razón, son acreedores de una protección especial por parte del Estado, que se traduce, entre otros, en la obligación de prestarles atención integral y preferente en salud para hacer frente a su difícil situación.

De igual manera, es necesario mencionar que el SIDA es una amenaza actual y creciente en contra de la salud pública, hecho que ha llevado a esta Corporación a reconocer el carácter de orden público que ha alcanzado la epidemia<sup>6</sup> Lo anterior lleva a concluir que la atención integral en salud para los portadores de VIH/SIDA no sólo es un derecho fundamental en cabeza de los mismos, exigible a través de la acción de tutela, sino también una obligación del Estado, en virtud de su posición de garante de la salubridad y el orden público.

a. Los portadores de VIH/SIDA vinculados al Sistema General del Seguridad Social en Salud

Ahora corresponde a la Sala examinar las entidades a las que compete prestar la atención médica solicitada por los accionantes, por tratarse, como ya fue señalado, de personas vinculadas al sistema de salud que requieren servicios y tratamientos de alta complejidad.

Los vinculados al Sistema General de Seguridad Social en Salud son aquellas personas sin capacidad de pago que han sido clasificadas en el primer y segundo nivel de pobreza, excepcionalmente en el tercero, por el Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales SISBEN7, y que aún no han adquirido la calidad de afiliados al régimen subsidiado, pero que, sin embargo, tienen derecho a recibir los servicios de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para tal fin, con cargo a los recursos del subsidio de la oferta (artículo 157 de la Ley 100 de 1993 y artículo 49 del Acuerdo 77 del CNSSS), y de acuerdo con la capacidad de oferta de estas instituciones y las normas sobre cuotas de recuperación vigentes (artículo 32 Decreto 806 de 1998).

La calidad de vinculado tiene carácter transitorio, pues busca brindar protección a aquellas personas que por falta de disponibilidad de cupos en una Entidad Administradora del Régimen Subsidiado (ARS), todavía no han adquirido la calidad de afiliados, pero que están en espera de ello por reunir todos los requisitos exigidos por las normas que reglamentan la materia. Por lo tanto, no constituyen un tercer régimen, sino una modalidad de participantes protegidos.<sup>8</sup>

Las personas que participan en el sistema de salud como vinculadas, adicionalmente, tienen derecho a ser informadas sobre su ubicación dentro del sistema y las Instituciones Prestadoras de Servicios de salud (IPS) ante las que pueden acudir para solicitar la atención médica que requieran. En este orden de ideas, las EPS, las ARS, las secretarías de salud municipales y departamentales, las IPS, etc., debe asumir un papel pedagógico a fin de facilitar la utilización de los servicios de salud a los que tienen derecho estas personas.

Ello es especialmente importante tratándose de portadores de VIH/SIDA vinculados al sistema, a quienes no sólo no se puede obligar a esperar que se les asigne una ARS para poder comenzar a recibir atención integral en salud, sino a quienes, además, debe informárseles sobre la calidad que poseen dentro del sistema de salud y sobre las IPS que les pueden brindar los servicios que su enfermedad demanda.<sup>9</sup>

En este orden de cosas, la obligación de las IPS de prestar sus servicios a las personas vinculadas al sistema de salud, no proviene del respeto del principio de confianza legítima, sino del derecho que ha sido reconocido en cabeza de aquellos. En efecto, los participantes vinculados no poseen una simple expectativa de atención, sino que tienen un derecho de ejecución inmediata que pueden exigir ante estas instituciones, por su puesto, atendiendo a su capacidad de oferta y las normas que regulan las cuotas de recuperación. Ahora bien, si a una persona vinculada se le debe realizar un tratamiento médico, aunque sea en una institución distinta de aquella en la que se diagnosticó su enfermedad, el tratamiento deberá continuarse no sólo para proteger su buena fe, sino, más que para ello, para garantizar su derecho a la salud.<sup>10</sup>

De esta manera, la orden correcta en estos eventos no es el otorgamiento inmediato de un cupo en una ARS al vinculado afectado, pues como esta Corporación ha manifestado, el juez de tutela no puede desconocer el procedimiento administrativo previsto para la afiliación al régimen subsidiado de los participantes vinculados<sup>11</sup>, toda vez que dicha afiliación no es necesaria para la garantía del derecho a la salud de estas personas.<sup>12</sup> Sin embargo, lo anterior no obsta para que, tratándose de portadores de VIH/SIDA, quienes, como ya se observó, se encuentran en estado de debilidad manifiesta y son acreedores de una especial protección por parte del Estado, el juez constitucional ordene a las entidades respectivas, que inicien de inmediato las diligencias pertinentes para la asignación de una ARS, con el fin de que aquellos accedan al Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado POSS y, así, puedan contar con un tratamiento más completo.

Con respecto a las entidades a las que corresponde prestar y garantizar la atención en salud a la que tienen derecho los participantes vinculados del sistema de salud portadores de VIH/SIDA, la Corte, en la Sentencia T-1181 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería<sup>13</sup>, indicó que tal responsabilidad recae en el Departamento en donde reside el afectado, por las siguientes razones:

Según el artículo 117 de la Resolución 5261 de 1998 del Ministerio de Salud, el tratamiento que se debe suministrar a los pacientes infectados por VIH pertenece al cuarto nivel de complejidad, que corresponde a las patologías de tipo catastrófico, en tanto implican una alta dificultad técnica en su manejo y un alto costo en su tratamiento.

Por su parte, los artículos 43.2.1 y 43.2.2 de la Ley 715 de 2001 señalan que es competencia de los Departamentos gestionar y financiar la prestación de servicios de salud de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre que resida en su jurisdicción, en lo no cubierto por los subsidios a la demanda, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas<sup>14</sup>, es decir, estas normas se refieren a la población vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Finalmente, el inciso tercero del artículo 49 *ibídem* establece:

“A cada departamento le corresponderá el 59% de los montos resultantes de efectuar los cálculos anteriormente descritos de los municipios y corregimientos departamentales de su jurisdicción, 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.” (subrayado fuera del texto).

De lo anterior se puede deducir que al Departamento le corresponde garantizar y financiar la atención integral en salud a la que tienen derecho los portadores de VIH/SIDA que poseen la calidad de vinculados al sistema de salud, porque: primero, se trata de una enfermedad del cuarto nivel de complejidad; y, segundo, ya que los Departamentos tienen la obligación de garantizar y financiar la atención en salud que requieren los participantes vinculados del sistema, en los niveles distintos al primer nivel de complejidad.

#### a. Caso concreto

En este orden de ideas, si bien es cierto al Municipio de Caicedonia y a la Secretaría de Salud de mismo Municipio no les correspondía asumir la atención en salud que los peticionarios solicitaban, también es cierto que estaba en la obligación no sólo de informarles que el Departamento del Valle del Cauca era el encargado de prestarles los servicios médicos, sino de hacer los trámites pertinentes para que dicha entidad se hiciera cargo efectivamente de su atención, más tratándose de menores de edad - Claudia Milena Ocampo Saldaña y Dayana Hernández Ocampo - y de personas en estado de debilidad manifiesta por ser

portadores de VIH/SIDA.

Sin embargo, por cuanto, como ya fue explicado, se ha presentado un hecho superado, esta Sala de Revisión confirmará el fallo revisado, pero por esta única razón.

#### A. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que como se ha presentado un hecho superado, y por esta única razón, se CONFIRMA la sentencia de instancia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Caicedonia, Valle del Cauca, el 9 de febrero de 2004.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cfr. Sentencia T-413 de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. Ver también las sentencias T-300 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonel; T-082 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara, y T-303 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

2 Cfr. Sentencia T-566 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

3 Cfr. Sentencias T-1125 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-055 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

4 Ver también la sentencia T-652 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

5 Determinados en la “Observación General No. 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud” del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

6 Cfr. Sentencia T-505 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

7 El Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales SISBEN es una herramienta diseñada por el Departamento Nacional de Planeación para seleccionar los beneficiarios de los programas sociales dirigidos a los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana, y que busca, por lo tanto, focalizar el gasto social. Dicha selección se logra a partir de la recolección de datos mediante el mecanismo de la encuesta que, una vez analizados, arrojan un puntaje que permite ubicar a las familias o individuos entrevistados en alguno de los seis niveles de pobreza preestablecidos. Se trata de un instrumento que, como esta Corporación ha señalado, es de gran relevancia constitucional, pues contribuye a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de los colombianos y se erige como una herramienta esencial a disposición de las autoridades públicas obligadas a hacer efectivo el mandato de especial protección a los grupos discriminados o marginados. Cfr. Sentencia T-307 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 3º del Acuerdo 77 de 1997 del CNSSS, el mecanismo para la identificación de los posibles beneficiarios del régimen subsidiado es el SISBEN, cuya encuesta debe aplicarse en todos los municipios del país, y puede ser solicitada por cualquier ciudadano en cualquier tiempo, así como la revisión de sus datos para que proceda la reclasificación dentro del sistema.

8 Cfr. Sentencia C-130 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

9 Cfr. Sentencia T-1304 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

10 La aclaración es importante porque en algunas oportunidades la Corte ha empleado el argumento del respeto del principio de la confianza legítima, para ordenar la atención en salud requerida por personas vinculadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Ver por ejemplo las sentencias T-961 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1208 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; y T-274 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

11 El procedimiento para la afiliación al régimen subsidiado es regulado por el Acuerdo 77 de 1997 del CNSSS.

12 Cfr. Sentencias T-1208 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, y T-274 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

13 En esta sentencia la Corte estudió el caso de una persona portadora de VIH, que poseía la calidad de vinculada al sistema de salud, a quien su médico tratante la había ordenado la práctica de unos exámenes y un tratamiento con varios medicamentos. Esta Corporación ordenó, entonces, a la Secretaría de Salud del Departamento del Tolima, que adelantara las diligencias necesarias para que en un hospital de la red pública se practicaran los exámenes y suministrara el tratamiento que el accionante requería.

14 Estos artículos disponen: “43.2.1. 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, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.” II “43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental.”