

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISION PENAL**

Magistrada Ponente

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

SENTENCIA DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, nueve (9) de septiembre de dos mil once (2011)

Hora: 5:30 p.m.

Aprobado por Acta No. 605

<i>Radicación:</i>	66001-31-09-003-2011-00104-01
<i>Accionante:</i>	Sandra Milena Díaz Hurtado
<i>Accionado:</i>	Secretaría de Salud Departamental de Risaralda
<i>Procedencia:</i>	Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira
<i>Derechos:</i>	Salud y dignidad humana.

ASUNTO:

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por el señor Secretario de Salud y Seguridad Social de Pereira, contra el fallo de 27 de julio de 2011 emanado del Juzgado Tercero Penal del Circuito, que concedió la tutela de los derechos fundamentales invocados por la ciudadana SANDRA MILENA DÍAZ HURTADO, agente oficiosa de la neonata VALERIA ORJUELA MONCADA.

ANTECEDENTES

Se atribuyó la señora SANDRA MILENA DÍAZ HURTADO, la calidad de agente oficiosa de la infante VALERIA ORJUELA MONCADA quien se halla recluida en el Hospital Universitario San Jorge de Pereira, por cuenta de la Secretaría de Salud de Risaralda y cuenta con 3 meses de vida, tras nacer en forma prematura con solo 33 semanas de gestación y altas probabilidades de adquirir el virus respiratorio sincitial (vrs) lo que atentaría en forma grave contra su expectativa de vida, razón por la que se le formuló por el medicamento SYNAGIS PALIVIZUMAB ampolletas por 100 miligramos el que fue solicitado a la Secretaría de Salud de Risaralda, obteniéndose respuesta negativa porque el fármaco no está dentro POS.

Refirió que la madre de la menor no está en capacidad económica de asumir el costo del tratamiento requerido por la niña, considerando trasgredido el derecho superior de los menores y el de la dignidad humana y pide que se ordene el suministro inmediato del medicamento aludido.

Fallo de primer grado.

Convocadas la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda y la Municipal de Pereira, se adoptó fallo mediante el cual al proteger el derecho a la salud de la infante, ordenó a la Secretaría de Salud del Departamento de Risaralda, suministrar el medicamento requerido, además de prestarle una asistencia integral en materia de salud, vinculando también a la Secretaría de Salud y Protección Social de Pereira, la que adicionalmente impuso la obligación de adelantar los trámites tendientes a vincular a la niña VALERIA ORJUELA MONCADA, a una entidad prestadora del servicio de salud del régimen subsidiado.

Impugnación.

La impugnación que proviene del Secretario de Salud y Seguridad Social del municipio de Pereira, se funda en que conforme a la distribución de competencias, la asistencia integral de la menor protegida mediante el amparo, le corresponde al departamento de Risaralda y no a la Secretaría de salud del orden municipal y que respecto de su inclusión el régimen subsidiado de salud, no es posible aún determinarlo, ya que el Ministerio de la Protección Social, no ha fijado los parámetros para establecer, dentro del sistema de puntaje establecido para el Sisben, quiénes serían beneficiarios del mismo.

Pidió en consecuencia, que se declare una incongruencia en lo ordenado por la a quo, porque se falló en forma ultrapetita y que se revoquen los ordinales que vinculan al ente territorial municipal.

CONSIDERACIONES

Competencia

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta de conformidad con el canon 86 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 32 del Decreto Legislativo 2591 de 1991 y 1º del Decreto Reglamentario 1382 de 2000.

Problema jurídico planteado

Compete a esta Corporación abocar el estudio de rigor para establecer: (i) si la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda vulneró los derechos fundamentales invocados por la demandante, (ii) si procede la modificación de la decisión de primera instancia como lo

solicita el funcionario impugnante, o (iii) si el fallo se encuentra ajustado a derecho y por ende merece la ratificación.

Solución

Conforme con lo preceptuado por el artículo 86 de la Carta Constitucional, toda persona está facultada para promover acción de tutela ante los jueces, en cualquier momento y lugar, bien directamente o a través de representante, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estén siendo vulnerados o amenazados con la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o con la conducta de algunos particulares en los casos expresamente previstos en la ley.

Se adoptó un fallo en sede constitucional, mediante el cual se impuso a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, la carga de suministrar a una bebé con tres meses de vida, un fármaco antígeno denominado SYNAGIS PALIVIZUMAB ampolleta por 100 miligramos, debido al alto riesgo de contraer el virus respiratorio sincitial, dado su nacimiento prematuro.

Adicionalmente defirió tanto a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda como a la de rango municipal de Pereira, la orden de prestar una atención integral a la menor VALERIA ORJUELA MONCADA, cuyos costos serían asumidos por cada uno de estos entes territoriales, situación que incomodó al señor Secretario de Salud de Pereira, por lo que impugnó la sentencia.

Al margen de los argumentos esbozados con ocasión de la alzada, es conveniente para la Colegiatura advertir dos situaciones no mencionadas en la decisión de primer nivel, como lo son, primero, que

pese a que la titular del derecho que se acciona –la menor VALERIA ORJUELA MONCADA– tiene una joven madre que por ley es su representante legal, cualquier persona está legitimada para agenciar los todos y cada uno derechos superiores de los niños, en aras de obtener su asistencia, protección, desarrollo armónico e integral.¹

De otra parte, el derecho que se ha reconocido mediante orden judicial a favor de la neonata VALERIA ORJUELA MONCADA está amparado en la Carta Política, que impone a las instituciones o entidades prestadoras de los servicios de salud, así como a los entes territoriales departamentales y municipales responsables del sistema de seguridad social en esta materia, la obligación de prestar indefectiblemente a todo niño menor de un año el servicio de salud gratuito.²

Esta orden constitucional fue luego desarrollada a través de la Ley 1438 de 2001, que reguló:

“ARTÍCULO 17. ATENCIÓN PREFERENTE. El Plan de Beneficios incluirá una parte especial y diferenciada que garantice la efectiva prevención, detección temprana y tratamiento adecuado de enfermedades de los niños, niñas y adolescentes. Se deberá estructurar de acuerdo con los ciclos vitales de nacimiento: prenatal a menores de seis (6) años, de seis (6) a menores de catorce (14) años y de catorce (14) a menores de dieciocho (18) años.

“La Comisión de Regulación en Salud o quien haga sus veces definirá y actualizará esta parte especial y diferenciada cada dos años, que contemple prestaciones de servicios de salud para los niños, niñas y adolescentes, garantice la promoción, la efectiva prevención, detección temprana y tratamientos adecuados de enfermedades, atención de emergencias, restablecimiento físico y psicológico de derechos vulnerados y rehabilitación de las habilidades físicas y mentales de los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, teniendo en cuenta sus ciclos vitales, el perfil epidemiológico y la carga de la enfermedad”.

¹ Constitución Política, artículo 44: “Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”.

² *Ibíd*em, artículo 50: “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aporte del Estado. La ley reglamentará la materia”.

En este orden de ideas y por virtud de prevalecer los derechos de los menores sobre cualquiera otros, es pertinente sentar como precedente judicial que yergue como derecho fundamental, tratándose de los menores de un año, la garantía de la promoción, prevención y detección temprana de cualquier tipo de enfermedad, para lo cual se debe brindar forzosamente los tratamientos adecuados, lo cual traduce, que la vacunación para los infantes es una carga del Estado y que se traslada a las empresas promotoras de salud, cuando el paciente se encuentre dentro del régimen de salud contributivo.

Descendiendo al tema que concita la alzada, en virtud del pedimento que hace la Secretaría de Salud y Seguridad Social se Pereira, para ser desvinculado de esta acción, es preciso acudir a la distribución de competencias de los entes territoriales y a la asignación de recursos para la salud para la población pobre no cubierta con subsidios a la demanda.

Del texto normativo inmerso en el artículo 49 de la Ley 713 de 2001, se extrae que de los ingresos que se obtengan bajo ese rubro y que corresponde al situado fiscal de cada ente territorial en el sector salud, el 59% será para la atención de los servicios que se han clasificado como de niveles II, III y IV, en tanto que el restante 51% se destina a nivel de complejidad I, que presenta en la mayoría de la población³. Advierte que la Corporación que para efectos de esta división de responsabilidades entre el departamento y el municipio, es preciso

³ MINISTERIO DE SALUD - RESOLUCION NUMERO 5261 DE 1994 Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. "ARTICULO 21. CLASIFICACION POR NIVELES DE COMPLEJIDAD PARA LA ATENCION MEDICO QUIRURGICA. Para efectos de clasificación de los procedimientos quirúrgicos, se establece la siguiente discriminación como parte del presente Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos, así:

NIVEL I : GRUPOS 01, 02, 03.

NIVEL II : GRUPOS 04, 05, 06, 07, 08.

NIVEL III: GRUPOS 09 Y SIGUIENTES.

NIVEL IV : Se establece de acuerdo al procedimiento practicado en las patologías CATASTROFICAS descritas anteriormente".

tener en cuenta si este último está certificado para la prestación del servicio de salud, porque de lo contrario, los ingresos quedan bajo la administración de la respectiva Gobernación Departamental, aunque con aquellas cuotas de manejo. En el caso del municipio de Pereira, está certificado y por ende, recibe los dineros correspondientes para la cobertura del sistema de seguridad social en salud.

De lo anterior se concluye que no puede la Secretaría de Salud y Protección Social del municipio de Pereira, esquivar la obligación que le ha impuesto la ley, en armonía con la Resolución expedida por el entonces Ministerio de Salud –hoy de la Protección Social– respecto de aquella distribución de recursos fiscales, porque no es lógico predecir –a futuro– dentro de un tratamiento integral, qué nivel de complejidad será el que presentará la menor VALERIA ORJUELA MONCADA, como para concluir que el municipio estará exento de obligaciones (dentro de la distribución de competencias en salud), respecto de aquella.

No vincular al ente municipal y quitarle esa obligación, sería dejar al garete la salud de la infante, con grave detrimento del derecho que en sede constitucional le ha sido protegido. Por tanto, el juez de tutela tiene el deber de adoptar aquellas órdenes que conduzcan a no dejar en el vacío el amparo concedido y como aquí aconteció estuvo acertada la carga que defirió a la Secretaría de Salud y Protección Social de Pereira, punto de censura que merece ratificación.

Respecto de la orden impartida para que se vincule a la niña VALERIA con alguna entidad prestadora de salud del régimen subsidiado –punto de impugnación–, precisemos que de acuerdo con el proceso de estratificación que adelantó la oficina competente del municipio de Pereira, esta menor se encuentra dentro del nivel III del Sisben, con

un puntaje de 67.83, que corresponde a la clasificación que ostenta su progenitora, señora MARÍA ALEJANDRA ORJUELA MONCADA.⁴

Pero, debemos tener en cuenta que la seguridad social en Colombia está regida bajo el principio de la universalidad, el cual se desarrolla a través de los artículos 22 y 32 de la Ley 1438 de 2011, y se parte del supuesto de hecho de que todo aquél que se encuentre calificado en los estratos I y II del Sisben⁵ pertenece al régimen subsidiado; aunque ello no obsta para que este beneficio pueda extenderse a otros ciudadanos como así lo impone el artículo 33 ejusdem.

Aunque en todo caso, respecto de los menores de un año, por ser una orden constitucional el derecho a la prestación del servicio de salud, no requieren de afiliación a ninguna entidad promotora de salud para la prestación del servicio, razón para que el Ministerio de la Protección Social, hubiere impartido directiva a las EPS-S y ARS, con la finalidad de que todos aquellos niños que cumplan el año de vida, sigan siendo atendidos bajo el régimen subsidiado⁶, sin que para el efecto requiera de afiliación al sistema.

No puede desconocer la Sala que el Acuerdo 000306 de 2005 impone la carga de ubicar al menor beneficiario de los servicios de salud, dentro del régimen subsidiado luego de cumplido un año, sin que nada se oponga a su afiliación desde antes a dicho sistema, como se

⁴ Véase página web <http://www.sisben.gov.c/inicio/consultadepuntaje/asp>.

⁵ Sistema de identificación de beneficiarios para los programas sociales.

⁶ Acuerdo 000306 de 2005 del Consejo Nacional de Seguridad Social en salud, artículo 2º: 2.2 *“Atención del menor de un año de edad. Atención ambulatoria, hospitalaria, diagnóstica, terapéutica, de rehabilitación, quirúrgica y no quirúrgica, por la especialidad médica que sea necesaria, para toda enfermedad o afección de cualquier etiología, del niño(a) a partir del nacimiento hasta que cumpla el primer año de edad.*

“Una vez el niño cumple un año de edad, se garantizará la cobertura de los procedimientos diagnósticos, terapéuticos, quirúrgicos y no quirúrgicos con los servicios incluidos en el POS del Régimen Subsidiado para mayores de un año, y con aquellos procedimientos quirúrgicos no contenidos en el POS-S para mayores de un año en los siguientes casos”.

ordenó por la a quo, dado que en ausencia de la regulación que permita considerar si pertenece o no al régimen contributivo, su salud no puede quedar en el limbo mientras el Gobierno Nacional expide una reglamentación⁷.

La exposición anterior no está desconociendo la presunción de buena fe en la actividad de la administración pública, sino que acogiendo criterios de progresividad en materia de salud y ante la indeterminación de la ley, lo pertinente es cobijar la menor con su vinculación al régimen subsidiado de tal manera que se salve aquél obstáculo que a futuro pueda surgir como talanquera, para la plena observancia del amparo que ha sido decretado a su favor y no convertir en nugatoria esta orden judicial.

Así, la decisión de tutela examinada, deberá ser ratificada en su integridad, dado que de todas maneras, el sistema de seguridad social debe garantizar la cobertura de este servicio a la niña VALERIA ORJUELA MONCADA, porque su derecho a la salud y todos los demás con que se cobijan a los menores, son de orden superior y las expensas que con ocasión de la prestación del servicio se cause, están a cargo del régimen de salud subsidiado, según imposición legal.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

⁷ Artículo 33, Inciso final: *“El Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunción de ingresos con base en la información sobre las actividades económicas. En caso de existir diferencias entre los valores declarados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y los aportes al sistema estos últimos deberán ser ajustados”.*

RESUELVE:

Primero: Confirmar el fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, en cuanto fue materia de impugnación.

Segundo: Notificar esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y Remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

Magistrada

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

Jairo Alberto López Morales

Secretario