

T-065-14

Sentencia T-065/14

SUBSISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES Y DE LA POLICIA NACIONAL-Caso en que abuelo solicita la afiliación a salud de su nieto menor como beneficiario al Subsistema de Salud de la Policía Nacional

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedibilidad

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE NIETO DE PENSIONADO DE LAS FUERZAS MILITARES/SUBSISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES Y DE LA POLICIA NACIONAL-Aspectos que deben analizarse para determinar si la persona es beneficiaria o no de este subsistema

La normatividad que estructura al Sistema de Salud de la Policía Nacional, con el fin válido de asegurar la sostenibilidad del mismo, estableció un catálogo taxativo de las personas que pueden ser beneficiarias de los afiliados cotizantes al Subsistema de Salud en mención, dentro del cual se encuentran: (i) el cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado; (ii) los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges o compañero (a) permanente, que hagan parte del núcleo familiar o aquellos menores de 25 que sean estudiantes con dedicación exclusiva y que dependan económicamente del afiliado; (iii) los hijos mayores de 18 años con invalidez absoluta y permanente, que dependan económicamente del afiliado y cuyo diagnóstico se haya establecido dentro del límite de edad de cobertura; y por último, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, (iv) los padres del afiliado que no estén pensionados, y que dependan económicamente de él. De la anterior explicación, se deduce que los nietos de los afiliados sometidos al régimen de cotización del Sistema de Salud de la Policía Nacional, por regla general no pueden acceder en calidad de beneficiarios a dicho subsistema, ya que no se encuentran incluidos dentro de la lista cerrada y de interpretación restrictiva que contiene el Artículo 24 del Decreto 1795 de 2000.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE NIETO DE PENSIONADO DE LAS FUERZAS MILITARES-Orden a Policía Nacional afiliar a nieto como cotizante dependiente

Referencia: expediente T-4.061.267

Asunto: Acción de tutela interpuesta por José Jesús González López, en calidad de agente oficioso del menor Luis David Rodríguez González, contra la Dirección de Sanidad - Seccional Cundinamarca, de la Policía Nacional.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC., tres (3) de febrero de dos mil catorce (2014)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela adoptado por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, que revocó la providencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá, Cundinamarca, correspondiente al trámite de la acción de amparo constitucional impetrada por José Jesús González López, en representación de su nieto Luis David Rodríguez González, contra la Dirección de Sanidad - Seccional Cundinamarca, de la Policía Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. 1. Hechos

1.1.1. Dentro del proceso de restablecimiento de derechos adelantado en favor del menor Luis David Rodríguez González, el día 22 de abril de 2013, la Comisaría de Familia del Municipio de Arbeláez resolvió disponer la custodia provisional y el cuidado del niño Rodríguez González en cabeza de sus abuelos maternos, atribuyéndoles la obligación de velar por el cuidado, la protección, el bienestar y la garantía plena de los derechos del

infante[1].

La decisión se adoptó en atención a que el menor de 5 años de edad[2] padece un retraso en el desarrollo cognitivo y de lenguaje, la madre cuenta con una incapacidad absoluta y permanente[3] que le impide asumir de manera individual su crianza, y el padre ha estado ausente durante toda la vida del infante, sin brindarle ningún apoyo en su cuidado y manutención.

1.1.2. Luego de que le fue conferida la custodia provisional y el cuidado de Luis David Rodríguez, el señor José Jesús González López, pensionado de la Policía Nacional y afiliado al régimen de cotización del Subsistema de Salud de la mencionada institución, solicitó verbalmente a la entidad accionada extender al niño la prestación del servicio de salud como beneficiario suyo.

1.1.3. El actor sostuvo que el Departamento de Sanidad de la Policía negó sistemáticamente la solicitud de afiliación en comento.

1.2. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en los hechos expuestos, José Jesús González López, en representación de su nieto Luis David Rodríguez González, mediante acción de tutela interpuesta el día 13 de junio de 2013, solicitó al juez constitucional amparar los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y los derechos de los niños, y en consecuencia, ordenar la afiliación del menor, en calidad de beneficiario, al Subsistema de Salud de la Policía Nacional.

1.3. Contestación de la entidad accionada

El día 14 de junio de 2013, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá - Cundinamarca, a quien le correspondió conocer la acción de amparo objeto de análisis, ofició al Departamento de Sanidad de la Policía Nacional, para que en el término de dos días se pronunciara respecto de lo planteado en el escrito de tutela. No obstante ello, el juez observó que la entidad guardó silencio respecto del requerimiento[4].

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 24 de junio de 2013[5], el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá - Cundinamarca, tuteló los derechos fundamentales de Luis David Rodríguez González, ordenando a la entidad accionada afiliar al menor “en calidad de cotizante dependiente del señor JOSÉ JESÚS GONZÁLEZ LÓPEZ (...)”[6], sin exigir pago o contraprestación económica alguna.

Para tomar la decisión atrás referida, el a quo sostuvo que por tratarse de una madre discapacitada y un menor de edad, sujeto de especial protección constitucional, la negativa de la entidad accionada “demuestra su falta de humanidad (...) pues es sabido que en estas condiciones la afiliación es obligatoria sin que pese la norma”[7].

2.2. Impugnación

La Jefe Seccional de Sanidad Departamento de Policía Cundinamarca, Adriana Martínez Ávila, apeló el fallo de tutela proferido en primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos:

En lo concerniente a la procedencia del amparo, sostuvo que no existe una afectación al derecho fundamental a la salud del menor, pues no se está ante una acción u omisión de la entidad que haya afectado o amenace vulnerar dicha garantía constitucional, toda vez que Luis David Rodríguez, desde día 12 de junio de 2012, se encuentra afiliado al régimen subsidiado de salud a través de la EPS-S Colsubsidio.

Ahora bien, en cuanto al fondo del asunto, adujo, en primer lugar, que el actor no aportó copia de ninguna de las solicitudes supuestamente elevadas a la entidad, y que de ello no existe reporte alguno en la “ESAPB” del municipio de Fusagasugá. En segundo lugar, respecto a lo pretendido por el accionante, precisó que de acuerdo a lo establecido por el Artículo 24 del Decreto 1795 de 2000[8], los nietos no son considerados beneficiarios de los cotizantes al interior del Sistema de Salud de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional; lo anterior, teniendo en cuenta que Luis David Rodríguez no es hijo adoptivo del tutelante por el hecho de tener la custodia provisional del menor.

En tercer lugar, respecto de la decisión tomada en el fallo, afirmó que el a quo no “analizó la capacidad económica del accionante para sufragar los gastos que ocasiona la afiliación del menor como cotizante dependiente, ya que no se analizó si quiera si el accionante

carecía o no de capacidad de pago, [o] si dicha afiliación con costo económico afectaba su mínimo vital (...).”

Finalmente, resaltó que el peticionario no alegó ningún inconveniente que impida la continuidad del menor en el régimen subsidiado de salud.

Desatado el recurso de apelación, a través de providencia del 14 de agosto de 2013[9], la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca consideró que la impugnación estaba llamada a prosperar, motivo por el cual revocó el fallo de primera instancia.

Para arribar a dicha decisión, estimó que la acción de amparo era improcedente, pues, en cuanto a la subsidiariedad de la tutela, el actor no acudió a otros medios idóneos para la defensa de los derechos supuestamente conculcados, toda vez que “el camino lógico era elevar esa solicitud ante el ESPAB del municipio de Fusagasugá”[10], y no acudir primero al juez de tutela, para que sea éste quien ordene a la Dirección de Sanidad el reconocimiento inmediato de Luis David Rodríguez González como beneficiario del servicio de salud. Al respecto de dicha afirmación, el ad quem observó que en el expediente no obra ninguna prueba que demuestre que tal solicitud fue efectivamente elevada, ya sea de forma verbal o escrita; por el contrario, recalcó el juez, fue la misma entidad accionada la que adujo no haber recibido ninguna petición por parte del accionante, dirigida a obtener lo pretendido en sede de tutela.

Finalmente, en lo tocante a la existencia de algún perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción, afirmó que el actor no puso de presente “que su nieto esté desprotegido en salud, o que presente alguna situación que no haya sido atendida, más bien se estableció que actualmente se encuentra afiliado al régimen subsidiado en la EPS COLSUBSIDIO. De modo que el amparo no resulta viable siquiera de manera transitoria para evitar algún perjuicio irremediable (...).”[11].

2.4. Actuaciones en sede de revisión

2.4.1. El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Nueve, mediante Auto del veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013)[12].

2.4.2. Mediante Auto del dos (02) de diciembre de dos mil trece (2013) se decretaron pruebas con el fin de establecer con certeza el estado de afiliación de Luis David Rodríguez González al Sistema de Seguridad Social en Salud.

2.4.3. En atención a la anterior providencia, se allegó al proceso: (i) información acerca del estado de la afiliación de Luis David Rodríguez González al Subsistema de salud de la Policía Nacional; e (ii) información acerca del estado de la afiliación del menor al Régimen Subsidiado de Salud, a través de la EPS-S Colsubsidio.

III. PRUEBAS

A continuación se enumeran las pruebas relevantes para la resolución del presente conflicto:

1. Oficio del Área de Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, en el que se informa la incapacidad absoluta y permanente que padece la señora Diana Daneri González Rivera[13].

2. Registro Civil de Nacimiento de Luis David Rodríguez González[14].

3. Copia de la Resolución No. 061, mediante la cual se falló el proceso de restablecimiento de derechos adelantado a favor de Luis David Rodríguez González en la Comisaría de Familia del Municipio de Arbeláez[15].

4. Información suministrada vía telefónica a este despacho, en la que el actor comentó acerca de su núcleo familiar, de su capacidad y situación económica, y de las solicitudes elevadas a la Dirección de Sanidad Seccional Cundinamarca de la Policía Nacional, en las que solicitaba la afiliación de su nieto al Subsistema de Salud de la Policía Nacional[16].

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

4.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política.

4.2. Procedencia de la acción constitucional

4.2.1. Legitimación por activa

El Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece “que se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”. Y, por otro lado, el Artículo 44 de la Constitución Política señala que cualquier persona, natural o jurídica, puede exigir de la autoridad competente la garantía de los derechos de los niños.

En el sub judice, el accionante solicita la protección de los derechos de su nieto, pretendiendo que se permita la afiliación a salud del menor como su beneficiario al Subsistema de Salud de la Policía Nacional. Al respecto, esta Corporación considera que el señor José Jesús González López se encuentra legitimado para solicitar la protección de los derechos fundamentales de Luis David Rodríguez González, primero, ya que como se dijo, cualquier persona puede solicitar la garantía de los derechos de los niños, y segundo, puesto que a partir del día 22 de abril de 2013, la Comisaría de Familia del Municipio de Arbeláez dispuso la custodia provisional y el cuidado del niño en cabeza de él y la señora Teresa de Jesús Rivera de González, abuela materna de Luis David.

En otras palabras, tal y como lo dispuso la Comisaría de Familia en comento, es el señor González López el encargado de velar por el cuidado, la protección y el bienestar del menor garantizándole el pleno de sus derechos, lo que lo legitima para deprecar el amparo constitucional de los derechos fundamentales de Luis David Rodríguez González.

4.2.2. Legitimación por pasiva

La Dirección de Sanidad – Seccional Cundinamarca de la Policía Nacional es una autoridad pública, pues surge como dependencia de la Dirección General de la Policía Nacional, que se encarga de administrar los recursos del Subsistema de Salud de la Policía Nacional e implementar las políticas, planes y programas que adopte el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el Comité de Salud de la Policía Nacional[17]. En consecuencia, según lo establece el Artículo 5 del Decreto 2591 de 1991[18], la entidad accionada es demandable a través de la acción de tutela.

Por tal motivo, encuentra esta Sala la legitimación en las partes para actuar al interior del trámite que hoy nos ocupa.

4.2.3. Inmediatez

Teniendo en cuenta que, primero, el señor González López se dirigió verbalmente a la entidad accionada después del día 22 de abril de 2013, fecha en la que se le otorgó la custodia provisional y el cuidado de Luis David, deprecando la vinculación del menor al Subsistema de Salud de la Policía Nacional, y, segundo, que la acción de tutela fue elevada el 13 de junio de 2013, entiende esta Sala que hay una proximidad temporal entre la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de Luis David Rodríguez y la activación del mecanismo de amparo, toda vez que transcurrió un término razonable (de no más de dos meses), en el que José Jesús González López acudió a la jurisdicción constitucional a través de esta vía.

4.2.4. Subsidiariedad

La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional encaminado a la protección inmediata y concreta de los derechos fundamentales, en los eventos en los que no exista otro medio de defensa judicial, o en los que aun existiendo, éstos no sean idóneos y eficaces para garantizarlos, o no tengan la potencialidad de evitar un perjuicio irremediable.

En este orden de ideas, en principio los conflictos originados en las actuaciones de la administración pública deben ser desatados al interior de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo[19], por lo que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para atender esa clase de controversias, teniendo en cuenta su especificidad y complejidad.

No obstante lo anterior, la Sala encuentra que al interior de la jurisdicción en comento no existe un mecanismo de defensa judicial idóneo o eficaz que permita la salvaguarda del derecho fundamental en cuestión, pues teniendo en cuenta, primero, que no existe una solicitud escrita del accionante dirigida a la autoridad accionada pidiendo la afiliación de su nieto al Subsistema de Salud, y, segundo, que tampoco hay una respuesta expresa remitida al actor por parte de la entidad en la que sea evidente la supuesta negativa, en el proceso

judicial que se podría llegar a adelantar en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se desataría, primariamente, el conflicto en torno a la existencia y legalidad de un eventual acto administrativo, discusión que se tornaría compleja por las dificultades probatorias que se presentarían, y, debido a la naturaleza de las acciones judiciales en aquella jurisdicción, de forma secundaria e inciertamente, se podría llegar a tocar el debate concerniente a la aparente amenaza de los derechos fundamentales de Luis David Rodríguez González.

En conclusión, al encontrar la Sala que la presente acción de tutela cumple con los requisitos de procedencia del mecanismo de amparo constitucional, pasará a plantear y desatar el problema jurídico constitucional, para así verificar si existe, o no, una amenaza a las garantías fundamentales del menor agenciado.

4.3. Planteamiento del problema jurídico constitucional

Corresponde a la Sala resolver si la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional amenazó o vulneró el derecho fundamental a la salud del niño Luis David Rodríguez, al impedir su acceso al Subsistema de Salud de dicha entidad en calidad de beneficiario de José Jesús González López argumentando que, conforme a la normatividad vigente, los nietos no son considerados beneficiarios de los cotizantes del Subsistema de Salud de la Policía Nacional, pese a que el menor depende económicamente del señor González López.

Para resolver el problema arriba planteado, la Sala, en primer lugar, estudiará la procedencia de la afiliación de un niño al Subsistema de Salud de la Policía Nacional a través de su abuelo cotizante al Subsistema, de cara a la norma que plantea la cobertura familiar de los afiliados cotizantes a dicho sistema de salud. Y en segundo y último lugar, realizará un análisis del caso concreto.

4.4 La afiliación de un niño al Subsistema de Salud de la Policía Nacional a través de su abuelo cotizante a dicho subsistema, cuando el menor depende económicamente de éste

Antes de abordar el fondo del asunto, la Sala debe resaltar que la custodia y el cuidado que se le otorga a una persona respecto de un infante (como por ejemplo la que se le atribuye al abuelo de un niño), no significa que el segundo automáticamente se convierta en hijo del primero, pues mientras que la relación paterno-filial es la correspondencia que surge, por regla general, de una relación natural en la que hay una conexión biológica entre el padre,

la madre y su hijo, o, excepcionalmente, en virtud de la adopción[20]; la custodia comprende un deber de cuidado, orientación y acompañamiento, que a pesar de que normalmente surge de esa relación paterno filial y corresponde a los padres, también se le puede encomendar a un sujeto ajeno a dicha relación, que en todo caso velará, entre otras cosas, por la educación, vigilancia, crianza, recreación, alimentación y habitación del niño.

En este orden de ideas, se concluye que un menor no es hijo de quien, a pesar de tener su custodia, no hace parte de esa relación paterno filial[21], motivo por el cual, ese niño tampoco puede ser vinculado como beneficiario de dicha persona al Sistema de Salud argumentando ser hijo de aquella.

Ahora bien, realizada la anterior aclaración, primeramente, esta Sala resalta que la normatividad que estructura al Sistema de Salud de la Policía Nacional[22], con el fin válido de asegurar la sostenibilidad del mismo, estableció un catálogo taxativo de las personas que pueden ser beneficiarias de los afiliados cotizantes al Subsistema de Salud en mención[23], dentro del cual se encuentran: (i) el cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado; (ii) los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges o compañero (a) permanente, que hagan parte del núcleo familiar o aquellos menores de 25 que sean estudiantes con dedicación exclusiva y que dependan económicamente del afiliado; (iii) los hijos mayores de 18 años con invalidez absoluta y permanente, que dependan económicamente del afiliado y cuyo diagnóstico se haya establecido dentro del límite de edad de cobertura; y por último, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, (iv) los padres del afiliado que no estén pensionados, y que dependan económicamente de él.

De la anterior explicación, se deduce que los nietos de los afiliados sometidos al régimen de cotización del Sistema de Salud de la Policía Nacional, por regla general no pueden acceder en calidad de beneficiarios a dicho subsistema, ya que no se encuentran incluidos dentro de la lista cerrada y de interpretación restrictiva que contiene el Artículo 24 del Decreto 1795 de 2000.

No obstante lo anterior, en casos similares al aquí estudiado, en los que las personas que no se encuentran legalmente dentro de la cobertura familiar de quienes son sujetos

cotizantes de un régimen especial de salud, no son afiliadas como beneficiarios suyos, a pesar de depender económicamente de ellos; esta Corporación, de manera reiterada[24], ha exhortado a las autoridades accionadas y competentes a implantar y aplicar analógicamente la figura del cotizante dependiente, existente en el sistema general de seguridad social[25], con el objeto de que los afiliados puedan vincular al sistema especial de salud a este grupo poblacional, ya que debido a la relación de dependencia en la que se encuentran, les resulta imposible estar afiliados al régimen subsidiado de salud, o por su situación particular, cotizar o ser beneficiarios en el régimen contributivo[26].

En este punto es necesario aclarar que si bien el sistema general de seguridad social en salud no contempla como beneficiario dentro de la cobertura familiar al nieto del cotizante[27], así el primero dependa económicamente del segundo, también es cierto que el mismo sistema, a través del Artículo 40 del Decreto 806 de 1998[28], creó una figura denominada cotizante dependiente, que tiene como finalidad garantizar el derecho a la afiliación y el acceso al sistema de salud, por ejemplo, del nieto que dependa económicamente del afiliado.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que el Subsistema de Salud de la Policía Nacional no trae consigo la alternativa del cotizante dependiente, la Sala encuentra que el déficit de la mencionada figura dificulta notablemente la aplicación del principio y deber de solidaridad que rige al sistema (especial o general) de seguridad social en salud, y también impide que se haga efectiva, entre otras, la norma constitucional que obliga a la familia, al Estado y a la sociedad a proteger y asistir al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (Artículo 44 superior).

En concordancia con lo dilucidado atrás, a esta Corte le ha parecido inadmisibles que en regímenes especiales de salud como el del Magisterio o el de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que se supone son más favorables para sus afiliados, no existan soluciones acordes a los principios de universalidad, progresividad y solidaridad, como si sucede en el régimen general de salud a través de la figura del cotizante dependiente[29], más aún si se tiene en cuenta que la necesidad de la ampliación en la cobertura del sistema de salud debe ser más potente en el caso de los niños, en virtud del interés superior del menor.

En este orden de ideas, esta Colegiatura reconoce que el legislador, para cumplir con el

propósito de la universalidad en la cobertura de la salud, optó "... por acudir a la familia como instrumento de adhesión que permite extender la cobertura del servicio y reducir el margen de personas no amparadas. De esta forma, tanto los regímenes contributivos (general y especiales) como el subsidiado, señalan que es deber del afiliado vincular a su grupo familiar al sistema de salud[30]. También se ordena que ese grupo familiar deba estar inscrito en una misma entidad promotora de salud[31]"[32].

Así pues, para extender la cobertura del sistema y reducir el margen de personas desprotegidas, en virtud de la prevalencia de los derechos del niño y de los deberes de solidaridad de la familia, se concluye que el abuelo cotizante es el medio de ingreso al sistema de salud (general o especial) de su nieto, siempre que éste dependa económicamente de él, y en caso de que el menor no cuente con ninguna otra alternativa de cobertura en el servicio de salud.[33]

En concordancia con lo anterior, se puede afirmar que un infante dependiente económicamente de su abuelo no cuenta con ninguna otra alternativa de cobertura distinta a la de acudir como cotizante dependiente de aquel, siempre que sea imposible su afiliación como beneficiario de alguno de sus padres cotizantes al régimen contributivo, o que no pueda acceder o permanecer en el régimen de salud subsidiado por no cumplir las condiciones para ello, teniendo en cuenta que este régimen va dirigido a los sujetos sin ninguna capacidad de pago, que se encuentren en condiciones de pobreza y abandono, y que no cuenten con un núcleo familiar que pueda vincularlos al sistema de seguridad social y velar por sus necesidades vitales.[34]

En este punto es pertinente resaltar que la existencia y el fundamento del régimen subsidiado se hace sostenible, pues su propósito es subsidiar a través de los recursos del Estado, a un grupo de la población que por sus condiciones económicas extremas le es gravoso contribuir económicamente a la sostenibilidad financiera del sistema, pero que a pesar de ello no se le puede restringir la afiliación al sistema general de seguridad social en salud, la cual resulta ser obligatoria en cualquier caso. En este orden de ideas, resultaría ajeno al sentido de justicia, además de atentatorio contra los principios de solidaridad y equidad que rodean la prestación del servicio de salud, permitir que personas con capacidad de pago se vean beneficiadas de un régimen diseñado para que la población más pobre y vulnerable no se vea discriminada y pueda acceder en condiciones plenas al

servicio.

4.6 Caso en concreto.

En primer lugar esta Sala observa que Luis David Rodríguez González no puede acceder al sistema de salud como beneficiario de su madre, ya que esta no se encuentra afiliada en el régimen contributivo de salud en calidad de cotizante, pues debido a su retardo mental de carácter permanente y absoluto le es imposible sostener vínculo laboral alguno y cotizar de manera autónoma al sistema, pues incluso actualmente se encuentra vinculada al Subsistema de Salud de la Policía Nacional como beneficiaria de su padre, el señor José Jesús González López, de quien también depende económicamente.

Por otro lado, teniendo en cuenta que a partir del mes de abril de 2013, la Comisaría de Familia del Municipio de Arbeláez, dispuso en cabeza de los abuelos maternos de Luis David su cuidado, acompañamiento, educación, vigilancia, crianza, recreación, alimentación, habitación, etc., esta Sala encuentra que actualmente no se configuran los supuestos de hecho para que el infante pueda acceder o permanecer en el régimen subsidiado[35].

En conclusión, la alternativa que garantiza los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del menor Rodríguez González en el supuesto de hecho anteriormente descrito, es la permisión de su afiliación a través del señor José Jesús González López, quien cotiza al Subsistema de Salud de la Policía Nacional, mediante el uso de la figura denominada cotizante dependiente, “cuya inexistencia en el régimen de salud de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, no puede ser una carga que deba soportar el niño, sujeto de especial protección (...)”[36].

Por lo expuesto, esta Sala de Revisión revocará la sentencia de tutela proferida el 14 de agosto de 2013 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, por medio de la cual se revocó el fallo de tutela de proferido el 24 de junio de 2013 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá - Cundinamarca y se declaró improcedente el amparo constitucional invocado por el señor José Jesús González López, y, en su lugar, concederá el amparo de la garantía fundamental amenazada al menor Luis David Rodríguez González.

Por tal motivo, se ordenará a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, Seccional Cundinamarca, la afiliación de Luis David al Subsistema de Salud de la Policía Nacional como cotizante dependiente del señor González López. Situación que únicamente podrá cambiar hasta cuando sean definidos por el órgano competente los términos y condiciones para que una persona que depende económicamente del afiliado cotizante, pueda acceder a estos servicios de salud, es decir, hasta la regulación de la figura del cotizante dependiente de acuerdo a los criterios que sobre el tema ha definido la Corte Constitucional. De igual forma, en caso de que el menor se llegue a encontrar activo en el sistema del régimen subsidiado, la Dirección de Sanidad demandada deberá acompañar el retiro y la cancelación de la afiliación de Luis David a la entidad prestadora de salud del régimen subsidiado en la que pueda estar vinculado.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida el 14 de agosto de 2013 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, por medio de la cual se revocó el fallo de tutela de proferido el 24 de junio de 2013 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá - Cundinamarca y se declaró improcedente el amparo constitucional invocado por el señor José Jesús González López, y, en su lugar, CONCEDER el amparo de las garantías fundamentales transgredidas.

Segundo.- En consecuencia, ORDENAR a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, Seccional Cundinamarca, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) contado a partir de la notificación de esta providencia, afilie al niño Luis David Rodríguez González al Subsistema de Salud de la Policía Nacional como cotizante dependiente del señor José Jesús González López. De igual forma, en caso de que el menor se llegue a encontrar activo en el sistema del régimen subsidiado, la Dirección de Sanidad demandada deberá acompañar el retiro y la cancelación de la afiliación de Luis David Rodríguez González a la entidad prestadora de salud del régimen subsidiado en la que pueda estar vinculado.

Las condiciones de afiliación del niño solamente podrán cambiar cuando sean definidos por el órgano competente los términos y condiciones para que una persona que depende económicamente del afiliado cotizante, pueda acceder a estos servicios de salud, es decir, hasta la regulación de la figura del cotizante dependiente de acuerdo a los criterios que sobre el tema ha definido la Corte Constitucional.

Tercero.- Por Secretaría General LÍBRESE la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Cuaderno 1, folio 1.

[2] Tal y como consta en el Registro Civil de Nacimiento de Luis David Rodríguez González, el menor nació el día 12 de julio de 2008. (Cuaderno 1, folio 9).

[3] En el folio 7 del Cuaderno 1 se observa que el Área de Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, a los tres días del mes de febrero del año 2000, encontró que la señora Diana Daneri González, madre de Luis David Rodríguez González, padece un “RETARDO MENTAL”.

[4] El día 25 de junio de 2013, la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional – Seccional Cundinamarca, radicó en el Juzgado Segundo Civil del Circuito la contestación a los hechos y fundamentos jurídicos plasmados en el escrito de tutela.

[5] Cuaderno 1, folio 19.

[6] Cuaderno 1, folio 32.

[7] Cuaderno 1, folio 30

[9] Cuaderno 2, folio 4.

[10] Cuaderno 2, folio 7.

[11] Cuaderno 2, folio 8.

[12] Cuaderno de Revisión, folio 3 a 8.

[13] Cuaderno 1, folio 7.

[14] Cuaderno 1, folio 9.

[15] Cuaderno 1, folio 10 a.

[16] Con base en los principios de celeridad, eficacia, oficiosidad e informalidad que gobiernan la gestión del juez constitucional; esta Corporación, en el ejercicio de su función de revisión de fallos de tutela, ha considerado que en ocasiones, para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales, resulta menester requerir información por vía telefónica sobre algunos aspectos fácticos específicos del caso que requieran mayor claridad al interior del trámite de la acción. En lineamiento con lo anteriormente dicho, se pueden revisar entre otras providencias, las sentencias T-603 de 2001, T-476 de 2002, T-341 de 2003, T-643 de 2005, T-219 de 2007 y T-726 de 2007.

[17] Artículo 15, Ley 352 de 1997.

[18]“ARTICULO 5o. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o

amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley (...)."

[19] Respecto a la existencia de mecanismos judiciales ordinarios la Corte, en Sentencia T-453 de 2009, señaló que: "Fue así como la Constitución Política dispuso un sistema jurídico al que todas las personas tienen derecho a acceder, con el fin de que, en el mismo, todos los conflictos jurídicos fueren resueltos en derecho en virtud de normas sustanciales y procesales preexistentes, erigiendo diversas jurisdicciones (ordinaria -artículo 234-, contencioso administrativa -artículo 236-, constitucional -artículo 239-) y en cada una de éstas determinando la competencia material, las autoridades y las acciones y procedimientos para su acceso.// De esta forma, el ordenamiento jurídico ofrece normas procesales y sustanciales ejecutadas por autoridades previamente instituidas, para que sean resueltos todos los conflictos que en él sucedan. (...)// Así, la acción de tutela es un mecanismo efectivo para el amparo de los derechos fundamentales cuyo ejercicio ante la existencia de otros medios de defensa judicial, no significa el remplazo de éstos, sino el desarrollo mismo de su finalidad, esto es, que en interés de la salvaguarda de los derechos fundamentales afectados, la acción de tutela procederá de manera excepcional y subsidiaria ante la inexistencia de un medio de defensa judicial o ante la amenaza de configuración de un perjuicio irremediable".

[20] Excepcionalmente, dicha relación paterno-filial puede surgir a través de la adopción, la cual está definida por el Artículo 61 de la Ley 1098 de 2006, como "una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza".

[21] En este sentido, la Sentencia T-931 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis, adujo que las decisiones que una persona (distinta de los padres biológicos o adoptivos del menor) toma sobre un niño, amparadas por tener el cuidado y la custodia del mismo "no significan la pérdida de la patria potestad ni del vínculo familiar de sangre; [ni] tampoco eximen a los padres biológicos de sus obligaciones como tales".

[22] Decreto 1795 de 2000.

[23] Artículo 24 del Decreto 1795 de 2000: "BENEFICIARIOS. Para los afiliados enunciados en el literal a) del artículo 23, serán beneficiarios los siguientes: // a) El cónyuge o el

compañero o la compañera permanente del afiliado. // b) Los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges o compañero (a) permanente, que hagan parte del núcleo familiar o aquellos menores de 25 que sean estudiantes con dedicación exclusiva y que dependan económicamente del afiliado. // c) Los hijos mayores de 18 años con invalidez absoluta y permanente, que dependan económicamente del afiliado y cuyo diagnóstico se haya establecido dentro del límite de edad de cobertura. // d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado, no pensionados que dependan económicamente de él. // PARAGRAFO 1o. INEXEQUIBLE // PARAGRAFO 2o. Los afiliados no sujetos al régimen de cotización no tendrán beneficiarios respecto de los servicios de salud. // PARAGRAFO 3o. Los padres del personal activo de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que hayan ingresado al servicio con anterioridad a la expedición de los decretos 1211 del 8 de junio de 1990 y 096 del 11 de enero de 1989 respectivamente, tendrán el carácter de beneficiarios, siempre y cuando dependan económicamente del Oficial o Suboficial. // PARAGRAFO 4o. No se admitirá como beneficiarios del SSMP a los cotizantes de cualquier otro régimen de salud.”

[24]Sentencias T-015 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-153 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-594 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández T-1028 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-456 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-613 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-625 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[25] Artículo 40 del Decreto 806 de 1998.

[26] En este sentido, la sentencia T-625 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez., concluyó lo siguiente: “la Corte ha establecido en distintos casos que las personas que no se encuentran legalmente entre los beneficiarios del cotizante [a un régimen especial o excepcional], pero que efectivamente dependen de él pueden ser afiliados al régimen de seguridad social en salud en el que el cotizante esté adscrito, mediante la figura de cotizante dependiente. Ello, por cuanto la relación de dependencia que ostentan les impide ser cotizantes en el régimen contributivo o estar afiliados al régimen subsidiado”.

[27]Artículo 163 de la Ley 100 de 1993: “LA COBERTURA FAMILIAR. El Plan de Salud

Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste (...).”

[28]“Artículo 40. Otros miembros dependientes. Cuando un afiliado cotizante tenga otras personas diferentes a las establecidas anteriormente, que dependan económicamente de él y que sean menores de 12 años o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, podrán incluirlos en el grupo familiar, siempre y cuando pague un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente según la edad y el género de la persona adicional inscrita en el grupo familiar, establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En todo caso el afiliado cotizante deberá garantizar como mínimo un año de afiliación del miembro dependiente y en consecuencia la cancelación de la UPC correspondiente. // Este afiliado se denominará cotizante dependiente y tiene derecho a los mismos servicios que los beneficiarios. // PARAGRAFO. La afiliación o desafiliación de estos miembros deberá ser registrada por el afiliado cotizante mediante el diligenciamiento del formulario de novedades”

[29] Así fue como en la sentencia T-549 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se precisó lo siguiente: “ (...) debe recordarse que el legislador pretendió al establecer los regímenes de excepciones al régimen general de la Ley 100 de 1993: (i) que los derechos en salud contengan beneficios y condiciones superiores a los que rigen para los demás afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la dicha ley y, a su vez, (ii) en ningún caso, consagre un tratamiento discriminatorio o menos favorable al que se otorga a los afiliados al sistema integral general”. //

En el mismo sentido también lo expresó la sentencia C-1095 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Treviño, así: “la Constitución habilita a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional para tener un régimen especial en materia prestacional y de salud y que ello obedece a la especialidad de sus funciones relacionadas con el mantenimiento de las condiciones

necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos y las libertades públicas y con la defensa de la soberanía, independencia e integridad territorial -Artículos 217 y 218 de la Carta-. Luego, como lo ha expuesto la Corte en reiteradas oportunidades, la sola existencia de regímenes especiales no comporta vulneración alguna del derecho de igualdad, a menos, claro está, que en ella se adviertan discriminaciones injustificadas. Entonces, es claro que la sola existencia de un sistema especial de seguridad social no implica la vulneración del derecho de igualdad pues él tiene un claro fundamento constitucional. // Por otra parte, no debe perderse de vista que la existencia de un sistema especial de seguridad social se explica por el propósito de proteger los derechos adquiridos por el personal excluido del régimen general y por la intención de implementar condiciones prestacionales más favorables para cierto grupo de trabajadores en razón de la especialidad de sus funciones. Por ello, no debe olvidarse que un desarrollo del principio de igualdad es precisamente la existencia de una clara correspondencia entre los particulares riesgos implícitos en el desempeño de una actividad específica y el diseño de un sistema de seguridad social que dé cobertura a esos riesgos particulares.”. // Cfr. Sentencias T-456 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis, y T-625 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[30] “El artículo 160 de la Ley 100 establece por ejemplo que uno de los deberes de los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud es “Afiliarse con su familia”. Por su parte, el artículo 25 del Decreto 1795 de 2000 (Régimen especial de las Fuerzas Militares [y de la Policía Nacional]) señala que son deberes de los afiliados de ese sistema afiliar a sus beneficiarios como grupo familiar en un solo régimen”, así como “procurar el cuidado integral de su salud, la de sus familiares y la de la comunidad”.

[31] “Art. 39 Decreto 806 de 1998. Cuando los dos cónyuges o compañeros permanentes son afiliados cotizantes en el sistema, deberán estar vinculados a la misma Entidad Promotora de Salud -EPS y los miembros del grupo familiar sólo podrán inscribirse en cabeza de uno de ellos.”.

[32] Sentencia T-456 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Bajo este entendido, en la misma providencia se adujo que alternativas como la del cotizante dependiente surgen ya que en cualquier sistema de salud, bien sea el general o algún excepcional, puede haber “un grupo importante de personas sin garantía de seguridad social en salud, bien por no tener capacidad de pago para integrarse al régimen contributivo, bien por no alcanzar los

beneficios estatales del régimen subsidiado. Esta zona de desprotección es constitucionalmente indeseable y en esa medida, tanto la ley como las autoridades administrativas y los prestadores del servicio, deben facilitar antes que restringir la integración efectiva de las personas al sistema de seguridad social en salud.”.

[33] En similar sentido lo ha expresado la Corte de la siguiente manera: “si una persona puede mantener afiliado al sistema a un miembro de su núcleo familiar sin capacidad económica ni otras alternativas de cobertura, especialmente cuando este último se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, debe facilitarse el cumplimiento de ese deber de solidaridad, antes que dejar expuesto a ese beneficiario a una total desprotección del servicio de salud.” (Sentencia T-456 de 2007 M.P. Álvaro Tafur Galvis) Cfr. T-635 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-015 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[34]Al respecto, la sentencia T-625 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez analizando un caso en el que un niño y su madre, también menor de edad, se encontraban en una relación de dependencia económica respecto su abuelo y padre, respectivamente, concluyó que ambos no podían “afiliarse al régimen contributivo o subsidiado, debido a que al depender económicamente de otra persona no poseen capacidad de pago para afiliarse al régimen contributivo y no están en una situación de pobreza o abandono que les permita acceder al régimen subsidiado”. Cfr. Sentencias 1035 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-153 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-267 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-594 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-1028 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-1093 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[35] Artículo 157 de la Ley 100 de 1993: “(...) Los afiliados al sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el sistema general de seguridad social en salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana (...)”.

[36] Sentencia T-625 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.