

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Abuela en representación de nieto

Se ha dispensado a quienes interponen la acción de tutela como agentes oficiosos de un menor de señalarlo expresamente en su solicitud y de igual forma, se ha admitido que no se exprese que el niño o la niña a favor de quien se solicitó el amparo no está en condiciones de promoverlo por sí mismo (a) puesto que, los y las menores se encuentran por definición en una situación de indefensión que les impide demandar la protección de sus derechos.

DERECHO A LA SALUD-Abuela solicita la afiliación de su nieto a la EPS sin el pago de UPC mensual, pues su hija es menor de edad/REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Afiliación de persona adicional al grupo familiar/DERECHO A LA SALUD DE BEBE DE BENEFICIARIA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Caso en que bebé es nieto de cotizante/DERECHO A LA SALUD DE BEBE DE BENEFICIARIA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Cobertura que debe dar la EPS/REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SALUD-Atención a nietos de afiliados cotizantes

Si es claro que la intención del legislador es lograr la inserción del mayor número de personas posible en el régimen contributivo y que ésta es la opción más apropiada en cuanto a la garantía del derecho a la salud del menor, las exigencias de tipo económico no pueden imponerse como obstáculos para proveer la disponibilidad de la atención que éste requiere. Es más, privar al menor de la inserción en el sistema de seguridad social en salud en tanto su madre ingresa al régimen contributivo o al subsidiado constituye una vulneración del derecho a la salud y a la seguridad social del mismo, por cuanto, como antes se afirmó, para entender lesionados estos derechos no se requiere la negación de servicios médicos ante una patología determinada. Pese a que es claro que el marco institucional en el cual el legislador ha contemplado la efectividad de los derechos a la salud y la seguridad social y el desarrollo de los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad prevé que la afiliación del menor del caso sujeto a estudio debe estar precedida del pago de una UPC mensual, considera esta Sala que en el caso concreto dicha imposición genera el desconocimiento de los derechos a la salud y la seguridad social del menor y del especial deber de protección que respecto de él compete al Estado, la sociedad y la Familia, por tal motivo, se inaplicarán las disposiciones de los artículos 40 del decreto 806 de 1998 y 2º del decreto 47 del 2000 y en consecuencia,

se ordenará a COMPENSAR E. P. S. afiliar al menor en calidad de cotizante dependiente de la señora, eximiéndola de los pagos y demás requisitos de orden económico que para el efecto han previsto las referidas normas, los cuales, quedarán a cargo de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, decisión que tendrá efectos, mientras la madre del menor ingresa por cuenta propia al régimen subsidiado o contributivo de seguridad social en salud.

Referencia: expediente T-1701649

Acción de tutela instaurada por Dora Elisa Murcia Téllez contra COMPENSAR E. P. S.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Mauricio González Cuervo y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Cuarenta Civil Municipal de Bogotá en la acción de tutela instaurada por Dora Elisa Murcia Téllez contra COMPENSAR E. P. S.

I. ANTECEDENTES.

La ciudadana Dora Elisa Murcia Téllez acudió ante el Juzgado Cuarenta Civil Municipal de Bogotá, en calidad de agente oficiosa de su nieto David Santiago Barbosa Murcia, solicitando el amparo de los derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social de éste, los cuales, en opinión de la accionante, han sido vulnerados por COMPENSAR E. P. S. La peticionaria funda su pretensión en los siguientes hechos:

1.- La señora Murcia Téllez se encuentra afiliada a COMPENSAR E. P. S. en calidad de

cotizante desde el veinticuatro (24) de mayo de dos mil cinco (2005).

2.- En la actualidad, la accionante tiene afiliados como beneficiarios a sus dos hijos Ana Stefany y Nathan Sebastián Barbosa Murcia de quince (15) y dieciséis (16) años de edad respectivamente.

3.- El veintitrés (23) de agosto de dos mil seis (2006), la menor Ana Stefany Barbosa Murcia dio a luz al también menor David Santiago Barbosa Murcia, quien en la actualidad tiene un año y tres meses de edad.

4.- Durante los tres primeros meses de vida del menor David Santiago Barbosa Murcia la atención médica que requirió, debido a su condición de prematuro y los problemas respiratorios que presentaba, fue proporcionada por la Red Pública Hospitalaria.

5.- A partir de diciembre de dos mil seis (2006) la Red Pública Hospitalaria denegó la atención que venía suministrando a David Santiago Barbosa Murcia, debido a que su madre, la menor Ana Stefany Barbosa Murcia, figuraba afiliada al régimen contributivo de seguridad social en salud, razón por la cual, las entidades que prestaban el servicio solicitaron que el menor también fuera vinculado a dicho régimen.

6.- La señora Dora Elisa Murcia Téllez solicitó a COMPENSAR E. P. S. la afiliación de su nieto David Santiago Barbosa Murcia en calidad de beneficiario. Ante lo cual, la E. P. S. exigió la cancelación de una cuota de afiliación mensual por valor de \$93.900.00 por tratarse de un cotizante dependiente que de acuerdo con la ley no hace parte del grupo familiar de la peticionaria.

7.- La accionante acudió a la Defensoría del Pueblo, la Comisaría Novena de Familia de Bogotá, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Secretaría Distrital de Salud solicitando se gestionara lo necesario para vincular al menor al Sistema de Seguridad Social en Salud, trámites todos éstos que sin embargo no produjeron el resultado esperado.

8.- La señora Murcia Téllez es madre cabeza de hogar y a su cargo se encuentra el sostenimiento de sus dos hijos y adicionalmente el de su nieto David Santiago Barbosa Murcia.

9.- Según la peticionaria, los ingresos que recibe no son suficientes para efectuar el pago

mensual que exige COMPENSAR E. P. S. por encargarse de la atención en salud de su nieto.

10.- En opinión de la demandante la imposición de tal pago por parte de COMPENSAR E. P. S. vulnera los derechos fundamentales de su nieto David Santiago Barbosa Murcia los cuales solicita sean amparados por medio de la presente acción de tutela.

II. INTERVENCIÓN DEL DEMANDADO

Dentro del término concedido por el juez de instancia, la entidad demandada presentó contestación a la acción de tutela interpuesta por Dora Elisa Murcia Téllez, afirmando la improcedencia de la misma debido a que, en su concepto, COMPENSAR E. P. S. ha actuado en forma legítima y sin causar vulneración alguna de los derechos fundamentales de David Santiago Barbosa Murcia. En tal sentido, afirma la entidad que no se ha negado a la afiliación del menor, por el contrario, se ha limitado a cumplir con la normatividad existente en la materia, la cual la habilita para el cobro de un aporte adicional de carácter mensual.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, solicita se deniegue el amparo solicitado por Dora Elisa Murcia Téllez en calidad de agente oficiosa de David Santiago Barbosa Murcia.

III. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

1.- En sentencia del veinticinco (25) de julio de dos mil siete (2007) el Juzgado Cuarenta Civil Municipal de Bogotá decidió negar el amparo solicitado.

De acuerdo con la consideraciones del a quo, “no ha existido ninguna acción u omisión por parte del ente accionado que vulnere o amenace el derecho a la salud y la seguridad social en conexidad con la vida del menor DAVID SANTIAGO BARBOSA MURCIA”, ya que en su opinión, no obra en el expediente prueba alguna que permita constatar la existencia de un riesgo que afecte la salud y la vida del mismo y que en tal sentido, torne procedente el amparo solicitado. Agrega el juez de instancia que, tampoco encuentra acreditado que COMPENSAR E. P. S. o alguna otra entidad haya negado a David Santiago Barbosa Murcia la prestación de los servicios de salud que requiere, poniendo en peligro sus derechos a la vida y a la salud.

Finalmente señala la citada providencia, que en el evento de requerir atención médica, el

menor puede ser llevado a cualquier hospital de la Red Pública de Carácter Distrital, los cuales, están obligados a proporcionarle los servicios que requiera.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si al condicionar la afiliación al régimen contributivo del menor David Santiago Barbosa Murcia en calidad de beneficiario de su abuela -la señora Dora Elisa Murcia Téllez- al pago de la UPC mensual correspondiente, COMPENSAR E. P. S. vulneró los derechos fundamentales del mismo y desconoció los deberes que le competen a la luz de la especial protección constitucional de la que son objeto los niños y las niñas.

Así, para dar solución al problema jurídico es preciso: (i) reiterar la jurisprudencia constitucional a propósito del carácter fundamental de los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños y las niñas, analizando los mandatos que para su garantía impone nuestra Carta Política y las normas internacionales en la materia y (ii) realizar un análisis sucinto de la afiliación del grupo familiar en el régimen contributivo de seguridad social en salud y las obligaciones que éste prevé frente a la afiliación de personas adicionales. Para con fundamento en las consideraciones mencionadas, (iii) abordar el estudio del caso concreto.

Así mismo, como cuestión previa, esta Sala reiterará algunos de sus pronunciamientos en relación con la agencia oficiosa con miras a determinar la procedibilidad de la presente acción de tutela.

2.1. La agencia oficiosa en sede de tutela. Reiteración Jurisprudencial.

Pese a que en estricto sentido la protección de los derechos fundamentales sólo puede ser reclamada por quien, en calidad de titular de los mismos, sufre la vulneración o la amenaza,

la importancia que el efectivo goce de los mismos reviste en nuestro ordenamiento jurídico, condujo al legislador a ampliar el espectro de legitimación activa para que, además del titular del derecho y su apoderado, la acción de tutela pudiera ser incoada por un agente oficioso cuando las circunstancias no permitieran que la protección fuera solicitada por el titular de los derechos y en todos los casos, por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales¹.

De acuerdo con la disposición del decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional en la materia, existen varios requisitos que deben cumplirse para hacer procedente la acción de tutela interpuesta por un agente oficioso:

“(i) manifestación expresa en el escrito de tutela de que se actúa en tal calidad, (ii) que se encuentre plenamente demostrado que el titular de los derechos que se agencian se encuentra imposibilitado para promover su propia defensa y (iii) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentran plenamente identificados”²

Un caso especial en materia de agencia oficiosa, es aquel en el cual la acción de tutela se interpone para procurar la protección de los derechos fundamentales de los niños y las niñas. En tal hipótesis, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado necesario atenuar las exigencias formales para brindar una protección más vigorosa de los derechos de los niños y las niñas. Lo anterior, en desarrollo del inciso segundo del artículo 42 de la Carta de conformidad con el cual, cualquier persona puede exigir el cumplimiento del deber radicado en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado, de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

En tal sentido, se ha dispensado a quienes interponen la acción de tutela como agentes oficiosos de un menor de señalarlo expresamente en su solicitud y de igual forma, se ha admitido que no se exprese que el niño o la niña a favor de quien se solicitó el amparo no está en condiciones de promoverlo por sí mismo (a) puesto que, los y las menores se encuentran por definición en una situación de indefensión que les impide demandar la protección de sus derechos.

Lo anterior, por cuanto “tratándose de la protección de los derechos fundamentales de los niños, la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa, sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve.”³ De forma tal que, cualquier persona puede hacerlo.⁴

2.2 La protección de los derechos a la vida y la seguridad social de los niños y la niñas no requiere la amenaza de su vida o integridad física. Vulneración por incertidumbre respecto de la calidad en la cual se encuentran vinculados al sistema de seguridad social.

La definición del Estado colombiano como Social de Derecho tiene como consecuencia, entre muchas otras implicaciones, la obligación, dirigida a las autoridades y los particulares que lo conforman de adoptar todas las medidas que resulten necesarias para asegurar la eficacia de los derechos radicados en cabeza de los asociados.

Como es natural, la adopción de estas medidas requiere tener en cuenta las especiales circunstancias en las que se encuentren los sujetos, pues sólo de esta forma podrán ser superados en forma adecuada los obstáculos que para el goce de los derechos constitucionales se presentan en el plano fáctico.

Así, el constituyente identificó algunos grupos de personas que merecen una especial atención y tratamiento por parte del Estado. Tal es el caso, de las madres cabeza de familia, los discapacitados, las personas de la tercera edad y los niños. A partir de tal constatación, la jurisprudencia de esta Corporación ha construido la categoría de los “Sujetos de especial protección constitucional” en la cual se incluyen, además de los casos específicamente previstos por la Constitución, algunos otros que son producto del análisis realizado por vía jurisprudencial.

En el caso de los niños y las niñas, nuestra Carta consagró además, en forma expresa, la prevalencia de los derechos de los que ellos son titulares,⁵ previsión que constituye una de las características más sobresalientes del régimen constitucional colombiano⁶ y que guarda una clara relación con la tendencia del ordenamiento internacional en la materia.

De acuerdo con la Constitución, la protección de estos derechos no es una responsabilidad exclusiva del Estado, sino que corresponde también a la familia y a la sociedad.

Una de las principales consecuencias de ser considerados sujetos de especial protección a la luz de la Constitución, es que la misma Carta califica como fundamentales, derechos que respecto de los otros sujetos no se conciben como fundamentales per se, como es el caso de la salud y la seguridad social, respecto de los cuales, la jurisprudencia constitucional solo ha admitido su carácter fundamental en algunos casos, siendo uno de ellos el de los sujetos de

especial protección.

Ahora bien, entender la salud como un derecho fundamental autónomo, implica como es evidente, abandonar la línea argumentativa conforme a la cual, la protección de este derecho solo puede ser solicitada por medio de la acción de tutela cuando exista una amenaza de la vida o la integridad personal del sujeto. Y es que, amparar el derecho a la salud, implica ir más allá de proveer lo necesario para atender las enfermedades o padecimientos que aquejen a un sujeto y que pongan en peligro su vida o su integridad física. Una definición más completa de las obligaciones que la garantía efectiva del derecho a la salud impone puede encontrarse en el artículo 12 numeral primero del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que señala al respecto:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”

Con la intención de precisar el sentido conforme al cual debe ser interpretada tal disposición, la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano encargado de la interpretación del Pacto señaló que:

“El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.” (Subrayas fuera de texto).

De esta forma, el derecho a la salud se encuentra íntimamente conectado con la dimensión de la salud como servicio público⁷. Puesto que, para proveer a los asociados el más alto nivel posible de salud se requiere el diseño de instituciones y procedimientos que permitan al Estado proveer a los asociados las condiciones necesarias para su goce en condiciones respetuosas de la dignidad humana.

Así mismo, la consideración de esta faceta prestacional de la salud, que requiere para ser garantizada un marco institucional, guarda una clara relación con el derecho a la seguridad

social, por cuanto, el sistema al interior del cual, pueden asegurarse las contingencias que afectan la salud no es otro que el de la seguridad social en salud y es a su vez, el mismo en el que se presta el servicio público de salud y que permite garantizar el derecho fundamental a la salud.

De ahí la importancia del correcto funcionamiento del sistema de prestación de servicios de salud, denominado en nuestro medio, Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, con la intención de determinar la efectividad del mismo en cada Estado, la observación en comento señaló los elementos esenciales que permiten garantizar el derecho a la salud, estos son:

i. Disponibilidad. Implica contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y programas de salud, los cuales deben ser puestos a disposición de todas las personas.

ii. Accesibilidad. Significa que todas las personas deben poder acceder en iguales condiciones, sin discriminación alguna, a los establecimientos, bienes y servicios de salud. La accesibilidad debe ser no sólo física sino también económica.

iii. Aceptabilidad. De conformidad con este elemento, “(t)odos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.”

(iv) Calidad. Los establecimientos, bienes y servicios deben ser apropiados a nivel científico y médico.

De esta forma, la garantía efectiva del derecho bajo examen, como prerrogativa fundamental autónoma, depende en gran medida del acceso al servicio público de atención en salud, lo cual, de conformidad con la configuración legal y reglamentaria actualmente vigente requiere hacerse parte del Sistema de Seguridad Social en Salud.

En tal sentido, el derecho puede considerarse vulnerado, sin importar que no exista una patología que tratar y frente a la cual se haya negado la atención apropiada, pues el simple hecho de no encontrarse el sujeto de especial protección incluido en un sistema que le permita contar en forma oportuna y apropiada con los servicios de prevención y atención frente a cualquier enfermedad que pueda presentarse, en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, constituye en sí misma una vulneración no sólo del derecho a la seguridad social, sino también del derecho a la salud, de acuerdo con la lectura que se deriva de los instrumentos internacionales antes mencionados.

Cabe resaltar que, la interpretación amplia del derecho a la salud que se propone es vinculante a la luz de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 93 constitucional y que reviste gran importancia en relación con el derecho a la salud de los niños y las niñas, prerrogativa que, como antes se anotó, debe ser considerada fundamental y prevalente en nuestro ordenamiento jurídico.

2.3 Afiliación de persona adicional al grupo familiar en el régimen contributivo de Seguridad Social en Salud.

De acuerdo con el artículo 49 de nuestra Constitución, corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

El literal b del artículo 2º de la ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” define la universalidad como “la garantía de protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida”. De esta forma, corresponde al Estado garantizar de un lado, la pertenencia de todas las personas al sistema de seguridad social integral y de otro, la adecuada atención al interior del mismo.

Uno de los objetivos de este sistema, de acuerdo con el preámbulo de la ley en comento, es precisamente proporcionar la cobertura integral de las contingencias que menoscaban la salud, de ahí que, este conjunto de instituciones, normas y procedimientos sea el marco por medio del cual el Estado busca garantizar a las personas el goce efectivo de su derecho a la salud.

Con la intención de desarrollar el principio de universalidad, el legislador previó la obligatoria pertenencia de todas las personas al sistema de seguridad social en salud⁸, mediante la inserción en una de dos categorías⁹: la de los afiliados o la de los vinculados. Los primeros pueden hacer parte del régimen contributivo, al cual pertenecen las personas con un vínculo laboral en el sector público o privado, los pensionados y los trabajadores independientes con capacidad de pago y sus familias, o del régimen subsidiado, mediante el cual se afilia a la población sin posibilidades económicas para acceder al régimen contributivo.

En cuanto a los participantes vinculados, se trata de personas que debido a su precaria situación económica y mientras logran ingresar al régimen subsidiado, reciben los servicios de atención en salud que prestan las instituciones públicas y privadas que para tal efecto tengan contrato con el Estado. Es pues evidente, que ésta última categoría debe ser considerada transitoria respecto de la situación de una persona, por cuanto, el objetivo del sistema es lograr su afiliación bien sea en el régimen contributivo o en el subsidiado.

Ahora bien, considera esta Sala que a partir de la regulación establecida en la ley 100 de 1993 y las normas que la complementan, es posible inferir el propósito del legislador de cobijar en el régimen contributivo al mayor número de personas posible, lo anterior esencialmente por dos razones. La primera es una razón de orden financiero, que implica considerar que la sostenibilidad económica del modelo se garantiza en gran medida gracias a los aportes que realizan los afiliados contribuyentes y que lo deseable es que las personas amparadas por el régimen subsidiado puedan ingresar al régimen contributivo, lo cual a su vez, permitiría que otros sectores de la población identificados como destinatarios de programas sociales por las condiciones de pobreza y vulnerabilidad en las que se encuentran, logren acceder al régimen subsidiado de salud.

La segunda razón, está relacionada con los servicios a los cuales se tiene derecho como consecuencia de la pertenencia a uno de estos regímenes. En tal sentido, es importante resaltar que el conjunto de servicios, procedimientos y medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –propio del régimen subsidiado- es más limitado que aquél que se prevé para afiliados al régimen contributivo. Esta diferencia, causada por razones esencialmente económicas, justifica en igual sentido la necesidad de progresiva inserción en el régimen contributivo de quienes pertenecen al régimen subsidiado y más aún, de quienes son considerados participantes vinculados, por cuanto, éstos últimos, pese a recibir la

atención que requieran por parte de la Red Pública Hospitalaria, no tienen ningún cubrimiento asegurado y deben en todos los casos hacerse cargo de la cuota de recuperación que para el efecto esté prevista.

Otra de las disposiciones que permite inferir el propósito del legislador de cobijar al mayor número de personas posible dentro del régimen contributivo, en desarrollo del principio de universalidad, se encuentra en el artículo 163 de la ley 100 de 1993 con arreglo al cual:

“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 cuya unión sea superior a 2 años; 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 aquéllos 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.” (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-521 de 2007)

De esta forma, la cobertura de la que goza el cotizante se extiende a su grupo familiar, conformado por las personas que acceden a ella en calidad de beneficiarios.

Con la misma intención y el propósito adicional de proteger a los niños y las niñas en cumplimiento de los mandatos superiores, agrega la norma en su párrafo segundo:

“Todo niño que nazca después de la vigencia de la presente ley quedará automáticamente afiliado como beneficiario de la entidad promotora de salud a la que esté afiliada su madre. El sistema general de seguridad social en salud reconocerá a la entidad promotora de salud la unidad de pago por capitación correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la presente ley”

La pregunta que surge es entonces, cómo debe procederse cuando la madre pertenece al régimen contributivo pero no en calidad de cotizante sino de beneficiaria. La respuesta a esta pregunta y a otras hipótesis en las cuales una persona próxima al grupo familiar pero que, de acuerdo con la norma antes transcrita no hace parte de él, es proporcionada por el artículo

40 del decreto 806 de 1998 de conformidad con el cual:

“ 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.”

Así, se prevé la posibilidad, acorde con el propósito antes enunciado, de extender la cobertura del régimen contributivo a personas que pese a no poder considerarse incluidas en el grupo familiar definido por la ley, son cercanas o dependen de éste. Lo cual, sin embargo, opera bajo un condicionamiento económico consistente en el pago de la Unidad de Pago por Capitación que corresponda en cada caso. Adicionalmente, las exigencias que operan para la afiliación de un cotizante dependiente aumentaron con la expedición del decreto 47 de 2000, el cual prevé en su artículo segundo que para tal efecto se requiere: haber cancelado en forma oportuna y completa las obligaciones con el sistema durante el trimestre inmediatamente anterior, el pago de un 10% adicional destinado a la subcuenta de solidaridad, el pago anticipado del valor de la unidad de pago por capitación, la suscripción de un título valor como garantía del pago ininterrumpido de los aportes respectivos durante dos años. Así mismo, consagra esta norma que, en caso de mora en el pago de la UPC procederá la desafiliación del cotizante dependiente y la imposibilidad de su re - afiliación durante los doce meses siguientes, agrega que los afiliados adicionales estará sujetos a periodos mínimos de cotización para el tratamiento de ciertas patologías y en todo caso, la Entidad Promotora de Salud no se hará cargo de la atención de enfermedades preexistentes.

Así, la consagración de esta posibilidad de extender la cobertura a personas ajenas al grupo familiar definido por la ley, constituye una exigencia derivada del principio de universalidad

que debe orientar la configuración del Sistema de Seguridad Social en Salud. En tal sentido, la Corte ha considerado que incluso los regímenes especiales diferentes al general establecido por la Ley 100 de 1993, deben incluir dicha posibilidad. Por tal motivo, la Corte instó a las autoridades competentes para incluir la figura de los cotizantes dependientes en la configuración del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹⁰ y del régimen excepcional de las Fuerzas Militares¹¹.

En sentencia T-1035 de 2006, esta misma Sala de revisión expuso importantes consideraciones en relación con la situación de los menores hijos de beneficiarias del régimen contributivo y de las obligaciones radicadas en cabeza de las E. P. S. a propósito de la atención que aquellos requieran. En dicha oportunidad señaló que:

“(a)un cuando los hijos de madres beneficiarias, a su vez nietos de los afiliados cotizantes, no se encuentran incluidos en el grupo familiar beneficiario de aquél, la EPS correspondiente debe (a) brindar acompañamiento a sus usuarias que consiste en informarlas sobre los servicios médicos cuya prestación no les corresponda a fin de adelantar en la etapa de gestación las diligencias pertinentes destinadas a obtener la asignación de la entidad prestadora de salud o administradora que asumirá la atención del hijo que está por nacer¹² y (b) si la criatura nace y no ha sido asignada la entidad que prestará el servicio de salud la EPS está obligada a cubrir la atención médica del menor, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía.”

En el último caso al que hace referencia el fallo en comento, la Corte consideró que el amparo sólo debería extenderse hasta cuando el menor ingresara a uno de los regímenes de seguridad social en salud, por medio de alguna de las siguientes modalidades:

(i) como miembro dependiente de su abuelo o abuela, cuando la familia del menor cuente con capacidad económica para asumir el costo de la UPC adicional regulada en el art. 40 del Decreto 806 de 1998¹³, (ii) como beneficiario de su mamá, cuando esta pueda acceder al Sistema como afiliada principal, (iii) como afiliado en el régimen subsidiado una vez sus padres ingresen al mismo.

El pronunciamiento antes citado permite apreciar con claridad que en ningún caso, el hecho de no poder incluir al menor, nieto de un cotizante e hijo de un beneficiario del régimen contributivo, puede servir como excusa para denegar la atención en salud a la cual tiene

derecho de acuerdo con los mandatos superiores. Imperativo que cobra aún más fuerza cuando se trata de niños o niñas menores de un año, respecto de los cuales, la Constitución ha previsto expresamente (artículo 50) la atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado.¹⁴

Sin embargo, esta Sala considera que, de conformidad con lo expuesto líneas atrás, para garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social de un niño o una niña que se encuentra en tales circunstancias, no es suficiente prevenir a las entidades encargadas de los servicios de salud para que brinden tal atención sino que adicionalmente se requiere, establecer la condición en la cual se encuentra vinculado el menor al sistema de seguridad social en salud entre las diferentes alternativas que existen de acuerdo con la configuración legal y reglamentaria del sistema.

Así, en las hipótesis en las cuales el grupo familiar o más exactamente el miembro de éste que actúa como cotizante, no cuenta con los recursos económicos necesarios para solventar el pago de la UPC mensual en forma anticipada y menos, para garantizar el pago de la misma durante dos (02) años, la inserción en el régimen contributivo se torna imposible, por lo cual, sólo restan dos posibilidades: (a) buscar la afiliación del menor al régimen subsidiado de salud ó (b) proveer al menor la atención que requiera en calidad de participante vinculado por medio de la Red Pública Hospitalaria. A juicio de la Sala estas dos alternativas resultan inconvenientes por las razones que pasan a exponerse.

En cuanto a la afiliación del menor al régimen subsidiado, ésta resulta poco apropiada por cuanto, para ello se requeriría el traslado de su madre al mismo régimen, con lo cual, perdería los beneficios a los que tiene derecho como afiliada al régimen contributivo aún cuando, por pertenecer al grupo familiar de un cotizante está en condiciones de gozar de ellos.

Frente a la segunda posibilidad, es preciso tener en cuenta que, como se anotó en líneas anteriores, la pertenencia a la categoría de participantes vinculados debe ser transitoria mientras se ingresa en calidad de afiliado -cotizante o beneficiario- a uno de los dos regímenes y en todo caso, concedería al menor acceso restringido a los servicios de salud con el inconveniente adicional de que en algunos casos podría cuestionarse su atención por encontrarse la madre afiliada al régimen contributivo de seguridad social en salud.

En todo caso, considera la Sala que, si es claro que la intención del legislador es lograr la inserción del mayor número de personas posible en el régimen contributivo y que ésta es la opción más apropiada en cuanto a la garantía del derecho a la salud del menor, las exigencias de tipo económico no pueden imponerse como obstáculos para proveer la disponibilidad de la atención que éste requiere. Es más, privar al menor de la inserción en el sistema de seguridad social en salud en tanto su madre ingresa al régimen contributivo o al subsidiado constituye una vulneración del derecho a la salud y a la seguridad social del mismo, por cuanto, como antes se afirmó, para entender lesionados estos derechos no se requiere la negación de servicios médicos ante una patología determinada.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, emprenderá esta Sala de revisión el análisis del caso concreto.

3. Caso concreto

En cuanto a la procedibilidad de la acción, conforme a las consideraciones expuestas en líneas anteriores, es claro que la señora Murcia Téllez se encuentra legitimada para interponer la acción de tutela como agente oficiosa de su nieto, conducta que, no sólo es permitida por nuestro ordenamiento sino que lo desarrolla en cuanto da cumplimiento al mandato del artículo 42 superior que radica en la familia -la sociedad y el Estado- la obligación de procurar el desarrollo integral de los niños y las niñas y de asegurar el goce de sus derechos.

En relación con el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala, sea lo primero señalar, como se dejó planteado al inicio de estas consideraciones, que por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional, los derechos a la salud y la seguridad social de los cuales es titular el menor David Santiago Barbosa Murcia deben ser considerados fundamentales per se, afirmación que tiene por consecuencia que su protección en sede de tutela no se encuentre supeditada al peligro de su vida o de su integridad personal, es más, conforme a la definición del derecho a la salud, derivada del Pacto Internacional de Derechos Económico, sociales y Culturales y la Observación No. 14 del Comité del mismo Pacto, este derecho implica proveerle al menor las condiciones necesarias para que pueda gozar del más alto nivel posible de salud, lo cual, conlleva la obligación de vincularlo a un sistema que asegure la atención y prevención adecuadas, de acuerdo a los elementos de disponibilidad,

accesibilidad, aceptabilidad y calidad, de las patologías que sufra o pueda sufrir. Así, para proteger este derecho no se requiere esperar a que el menor sufra de una enfermedad, por el contrario, el Estado está obligado a prever esta situación y a estar preparado para la atención de la misma, sin poner a su familia en una situación de desesperación por no saber que sucederá cuando tal circunstancia se presente.

De esta forma, el hecho de encontrarse el menor desamparado en cuanto a la prestación de los servicios médico - asistenciales a los que tiene derecho de conformidad con la Constitución y la normatividad internacional, constituye una vulneración de sus derechos, pese a que aún no requiera una prestación específica.

Así, para garantizar el goce efectivo de los derechos a la salud y la seguridad social del menor David Santiago Barbosa Murcia es preciso establecer con claridad en qué calidad debe ser vinculado al Sistema de Seguridad Social en Salud, a quién corresponde tal vinculación y finalmente, quién debe hacerse cargo de los pagos que tal vinculación apareje.

Como se anunció en párrafos anteriores, existen varias posibilidades para la vinculación del menor al sistema de seguridad social en salud. Entre ellas, esta Sala considera más apropiada y garantista la inclusión del mismo en el régimen contributivo bajo la figura del cotizante dependiente en tanto la madre se encuentre afiliada al mismo como beneficiaria, pues una vez cesen las calidades que ella hoy reúne, ésta deberá modificar su calidad en el sistema, convirtiéndose, bien en cotizante dentro del mismo régimen contributivo o en afiliada al régimen subsidiado, momento en el cual, la afiliación de su hijo como beneficiario y miembro de su grupo familiar podrá ajustarse a las previsiones generales.

En el entretanto, la afiliación del menor a COMPENSAR E. P. S. se encuentra sujeta a los pagos varias veces mencionados y respecto de los cuales, la peticionaria afirma no contar con los recursos suficientes para asumirlos, afirmación que de acuerdo con los principios generales en materia probatoria, no ha sido desvirtuada en el proceso y por ende, se entiende suficientemente acreditada.¹⁵

Ahora bien, pese a que es claro que el marco institucional en el cual el legislador ha contemplado la efectividad de los derechos a la salud y la seguridad social y el desarrollo de los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad prevé que la afiliación del menor del caso sujeto a estudio debe estar precedida del pago de una UPC mensual, considera esta

Sala que en el caso concreto dicha imposición genera el desconocimiento de los derechos a la salud y la seguridad social del menor David Santiago Barbosa Murcia y del especial deber de protección que respecto de él compete al Estado, la sociedad y la Familia, por tal motivo, se inaplicarán las disposiciones de los artículos 40 del decreto 806 de 1998 y 2º del decreto 47 del 2000 y en consecuencia, se ordenará a COMPENSAR E. P. S. afiliar al menor en calidad de cotizante dependiente de la señora Dora Elisa Murcia Téllez, eximiéndola de los pagos y demás requisitos de orden económico que para el efecto han previsto las referidas normas, los cuales, quedarán a cargo de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, decisión que tendrá efectos, mientras la madre del menor ingresa por cuenta propia al régimen subsidiado o contributivo de seguridad social en salud.

V. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR las sentencia proferida en el proceso de la referencia por el Juzgado Cuarenta Civil Municipal de Bogotá y, en consecuencia, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social del menor David Santiago Barbosa Murcia.

Segundo.- ORDENAR a COMPENSAR E. P. S. que, dentro de las siguientes cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, afilie al menor David Santiago Barbosa Murcia en calidad de cotizante dependiente de la señora Dora Elisa Murcia Téllez, sin exigir para el efecto las prestaciones de tipo económico ni las garantías previstas por el artículo 40 del decreto 806 de 1998 y 2º del decreto 47 de 2000 o cualquier otra norma que los complemente, derogue o modifique. Protección ésta que sólo operará hasta cuando la menor Ana Stefany Barbosa Murcia modifique su calidad de beneficiaria por la de cotizante en el régimen contributivo o ingrese al régimen subsidiado de seguridad social en salud.

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Decreto 2591 de 1991, Artículo 10.

2 Sentencia T-947 de 2006.

3 Auto 006 de 1996.

4 Sentencias T-462 de 1993, T-605 de 2005 y T-165 de 2006.

5 Constitución Política Artículo 44.

6 Sentencia Constitución-154 de 2007.

7 Constitución Política Artículo 49.

8 Artículo 153 Numeral 2o de la ley 100 de 1993.

9 Artículo 157 de la ley 100 de 1993.

10 Sentencias T-015 de 2006, T-153 de 2006, T-267 de 2006, T-594 de 2006 y T-613 de

2007.

11 Sentencias C-1032 de 2006 y T-456 de 2007.

12 Cfr. T-1199 de 2005

13 Ver sentencias T- 1199 de 2005, T-953 de 2003, T-544 de 2002, T- 134 de 2002

14 Al respecto ver sentencia T-950 de 2005.

15 En tal sentido, ver Sentencia T-683 de 2003.