

Sentencia T-456/07

SERVICIO DE SALUD POR PARTE DE LAS FUERZAS MILITARES-Caso en que se suspendió con carácter definitivo el servicio de salud que recibían padres beneficiarios de hija cotizante que forma parte del personal civil

El hecho de que el sistema de excepción de las Fuerzas Militares no tenga establecido expresamente un mecanismo que permita la permanencia de los padres cuando sus hijos contraen matrimonio, forman una sociedad de hecho o deciden tener sus propios hijos, constituye un vacío normativo no trasladable a los padres sin capacidad económica que enfrentan enfermedades catastróficas que ponen en grave riesgo su salud y su vida. Ello atentaría contra las exigencias mínimas de solidaridad y responsabilidad que frente a personas de la tercera edad corresponden al Estado, la sociedad y la familia.

COBERTURA EN SALUD PARA PADRES SIN CAPACIDAD DE PAGO EN REGIMEN DE EXCEPCION DE LAS FUERZAS MILITARES/PROTECCION CONSTITUCIONAL REFORZADA DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD O EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Caso en que Sanidad Militar debe restablecer prestación de servicio médico a padres beneficiarios de empleada que forma parte del personal civil

SERVICIO DE SALUD POR PARTE DE LAS FUERZAS MILITARES-No podía alegarse la existencia de un beneficiario con mejor derecho para dejar desprotegidos a padres beneficiarios de empleada que forma parte del personal civil

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Caso en que de demandante padece cáncer de estómago y está sometida a tratamiento de radio y quimioterapia, pero le suspendieron de manera definitiva servicios médicos y asistenciales

Referencia: expediente T-1546134

Acción de tutela instaurada por Nelly Ortega Gamboa contra la Dirección Nacional de Sanidad Militar de las Fuerzas Militares.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D.C., siete (7) de junio de dos mil siete (2007).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela instaurada por Nelly Ortega Gamboa contra la Dirección Nacional de Sanidad Militar de las Fuerzas Militares.

I. ANTECEDENTES

La Sala de Selección Número Dos (2) de la Corte Constitucional, mediante Auto del veintitrés (23) de febrero de 2007, seleccionó la presente acción de tutela y la repartió a esta Sala para su revisión.

1. Hechos y pretensiones.

La accionante Nelly Ortega Gamboa (65 años de edad) y su esposo Alfredo Ledesma López (70 años de edad), residentes en Arauca-Arauca, recibían desde hace 7 años los servicios médicos asistenciales de salud por parte de la Dirección de Sanidad Militar de las Fuerzas Militares -sede Bucaramanga-, como beneficiarios de su hija Patricia Elvira Ledesma Ortega, quien forma parte del personal civil que labora para las Fuerzas Militares - Ejército Nacional. La demandante indica que su residencia está en Arauca (Arauca) y que para la atención médica debe desplazarse a la ciudad de Bucaramanga.

La accionante sufre una enfermedad terminal, resultado de un cáncer de estómago diagnosticado en el 2005, momento en el cual fue intervenida quirúrgicamente, con pérdida del 70% de su estómago; posterior a ello ha venido recibiendo radioterapia y quimioterapia en sesiones de una (1) diaria por siete (7) días de cada mes.

La demandante indica que con motivo de sus citas mensuales de radioterapia y quimioterapia se desplazó el 12 de agosto de 2006 a la Dirección de Sanidad de las Fuerzas

Militares de Bucaramanga, donde se le informó que ella y su esposo habían perdido la calidad de beneficiarios de su hija Patricia Elvira Ledesma Ortega, pues ésta tenía un hijo de 22 meses de nacido, que excluye a los padres de la trabajadora como beneficiarios del servicio de salud. Que, por tal razón, le fue suspendida la atención médica y no le fue expedido el nuevo carné para ella y su esposo.

Informa que de acuerdo con valoración de su médico tratante debe seguir su tratamiento de radio y quimioterapia, cuyos viajes y estadía son costeados totalmente por su hija, quien además es madre cabeza de familia y vela moral y económicamente por el grupo familiar, compuesto por la accionante y su esposo, su hija y su nieto.

Con fundamento en lo anterior, solicita que se ordene a las Fuerzas Militares de Colombia - Dirección de Sanidad que en el término perentorio e improrrogable que disponga el juez de tutela, “asuma la expedición de los carnets (sic) de servicios médicos para mí (NELLY ORTEGA GAMBOA), y continuar con mi tratamiento y gozar de una vida digna; así mismo el carnet (sic) de mi esposo ALFREDO LEDESMA LOPEZ.” Que igualmente se ordene a Sanidad Militar que el servicio médico sea prestado al grupo familiar de Patricia Ledesma Ortega (trabajadora de las Fuerzas Militares), el cual incluye a “Nelly Ortega Gamboa (Madre), Alfredo Ledesma López (Padre) y Jorge David Borda Ledesma (hijo).”

La demandante señala finalmente que su esposo tiene 72 años de edad y padece de incapacidad psicofísica, lo que la lleva a asumir su representación en esta tutela.

2. Los derechos fundamentales invocados

La accionante considera que la actuación de la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares constituye una violación del derecho a la vida y la salud, agravada por el carácter terminal de su enfermedad, por la interrupción de su tratamiento y por las edades de ella y su esposo.

La Dirección de Sanidad Militar del Comando General de las Fuerzas Militares concurre al proceso y señala que el subsistema de salud de las Fuerzas Militares es de carácter especial (artículo 279 de la Ley 100 de 1993), de manera que se rige por el Decreto Ley 1795 del 2000, cuyo artículo 24 establece que la afiliación de los padres únicamente puede hacerse “a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho”. Que, de esta manera, en la medida que la afiliada cotizante Patricia Elvira Ledesma Ortega tiene un hijo

con derecho a la cobertura de salud, “no resulta posible la continuidad en la prestación de los servicios médicos a la Señora Accionante y su señor esposo, en calidad de padres, motivo por el cual la Administración se vio en la obligación de negar la renovación de los carnés de servicios médicos”.

Considera que no existe violación de derechos fundamentales, pues la accionante y su esposo pueden acudir a una EPS de su libre escogencia para vincularse como cotizantes independientes; que el sistema general de salud tiene la obligación de afiliarlos en esa calidad y de prestarles todos los servicios de salud, sin lugar a ningún tipo de preexistencia y sin la exigencia de periodos mínimos de cotización, pues podrán hacer valer su antigüedad en las Fuerzas Militares, tal como lo dispone el artículo 28 del Decreto 1795 de 2000.

En escrito adicional, la Dirección General de Sanidad del Comando de las Fuerzas Militares señala que la afiliada cotizante Patricia Elvira Ledesma Ortega (hija de la accionante), se encuentra vinculada al Ejército Nacional en la planta de “personal civil” y no “militar”, razón por la cual no le es aplicable el parágrafo 3º del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000, que contiene una prerrogativa exclusivamente aplicable al personal militar ingresado a las Fuerzas Militares con anterioridad al 8 de junio de 1990, quienes pueden mantener afiliados a sus padres de manera conjunta con otros beneficiarios.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión

4.1. Primera Instancia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca

En sentencia del siete (7) de noviembre del año dos mil seis (2006), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Arauca denegó el amparo solicitado porque la conducta de la entidad accionada es legítima y se encuentra amparada en el régimen especial de salud de las Fuerzas Militares, contenido en el Decreto 1295 de 2000. Considera que de acuerdo con esta normatividad, la afiliación de los padres sólo es posible cuando el afiliado cotizante no tiene cónyuge, compañero permanente o hijos y que como en éste caso la señora Patricia Elvira Ledesma Gamboa es madre del menor José David Borda Ledesma, resulta claro que no puede mantener vinculados a sus padres.

4.2 La impugnación

En su impugnación, la tutelante indica que si bien la legislación protege formalmente a las Fuerzas Militares en su decisión de suspender los servicios de salud, el juez de primera instancia no revisó la materialidad del asunto, especialmente en cuanto al riesgo que existe para su vida por la interrupción del tratamiento de la enfermedad crónica que padece (cáncer de estómago). Indica que el juez de instancia desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho de los pacientes a la continuidad de los tratamientos médicos, por lo que solicita “se me tutelen los derechos a la vida y a la salud, ordenando a la Dirección General de Sanidad Militar, se me continúe prestando los servicios, en especial con el tratamiento cancerológico, para así tener derecho a la vida digna y la salud”.

4.3 Segunda Instancia: Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En sentencia del treinta (30) de enero de dos mil siete (2007), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirma el fallo impugnado, al considerar que no se advierte que la entidad accionada hubiera vulnerado los derechos de la peticionaria al suspender los servicios de salud que recibía como beneficiaria de su hija, pues “tal exclusión obedeció al cumplimiento del mandato legal [Decreto 1795 de 2000] en cuanto a que dispone de manera inequívoca quien tiene prevalencia frente a la prestación reclamada, que para el caso lo es el menor hijo de la cotizante.”

Señala que la prestación reclamada sólo procede cuando se tiene alguna de las calidades descritas en el Decreto 1795 de 2000, “lo cual no sucede en el caso en estudio, de suerte que por vía del instrumento de protección constitucional, no puede obligarse a la entidad demandada a seguirle prestando asistencia médica a la demandante, quien puede procurar su atención en salud a través de la afiliación al régimen contributivo o subsidiado del Sistema General de Seguridad Social.”

5. Pruebas

5.1. Fragmentos de la historia clínica de la accionante Nelly Ortega Gamboa, en los que aparecen, entre otros aspectos, los siguientes: (i) diagnóstico de cáncer gástrico operado (folio 11); procedimiento quirúrgico de gastrectomía subtotal (folios 13 y 18); padecimiento de anorexia, pérdida de peso y anemia (folio 10); resultado de examen histopatológico que arroja como diagnóstico “adenocarcinoma gástrico” (folio 13); macrofotografía de adenocarcinoma gástrico (folios 15 y ss).

5.2. Certificación del Comando General de las Fuerzas Militares, Dirección General de Sanidad Militar, sobre la pertenencia al subsistema de Salud de las Fuerzas Militares de Patricia Elvira Ledesma Ortega, en la que aparece Nelly Ortega Gamboa como madre de ella y, en tal condición, beneficiaria del servicio de salud. (folio 7)

5.3. Copia de documentos de identificación de Nelly Ortega Gamboa (accionante), Alfredo Ledesma López (esposo) y Patricia Elvira Ledesma Ortega (hija), así como del Registro Civil de Nacimiento de José David Borda Ledesma (nieto).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

2. Materia sometida a revisión

La presente acción de tutela plantea el caso de dos personas de la tercera edad, una de ellas con una enfermedad terminal y sujeta a un tratamiento médico, a quienes se les suspende con carácter definitivo el servicio de salud que recibían por parte de las Fuerzas Militares en calidad de padres beneficiarios de su hija cotizante, quien forma parte del personal civil del Ejército Nacional. La entidad accionada aduce en su defensa que la decisión tiene fundamento en el artículo 24 del Decreto 1795 de 2000 (régimen especial de salud de las Fuerzas Militares), según el cual los padres de la trabajadora únicamente pueden estar afiliados “a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho”, de forma que como la afiliada cotizante tiene un hijo con derecho a la cobertura de salud, “no resulta posible la continuidad en la prestación de los servicios médicos a la Señora Accionante y su señor esposo, en calidad de padres, motivo por el cual la Administración se vio en la obligación de negar la renovación de los carnés de servicios médicos”. La entidad accionada aclara también que la afiliada cotizante pertenece al personal civil del Ejército Nacional y que, en esa medida, no está cobijada por el beneficio establecido en el parágrafo 3º del artículo 24 del Decreto 1795 de 2000 para los padres del personal militar que hubiera ingresado al servicio antes de 1990, quienes sin importar si existen otros beneficiarios, pueden ser afiliados al servicio de salud mientras sus hijos se encuentren en servicio activo.

Los jueces de tutela que conocieron la acción consideraron que la entidad accionada actuó en acatamiento del Decreto 1795 de 2000 y, por tanto, concluyeron que no había lugar a

conceder el amparo solicitado. Por su parte, la tutelante señala en su impugnación que la accionada se ampara en aspectos formales de la legislación especial de las Fuerzas Militares y que pasa por alto la materialidad de la situación que padece (pertenencia a la tercera edad e interrupción de un tratamiento de cáncer), lo cual pone en riesgo su vida y su salud.

Para resolver este asunto la Corte se referirá previamente a los siguientes aspectos: (i) El carácter universal e incluyente de la seguridad social en salud (la familia como elemento integrador del sistema); (ii) La cobertura en salud para los padres sin capacidad de pago (necesidad de alternativas efectivas frente a situaciones de grave riesgo para la salud o a la vida); (iii) La protección constitucional reforzada de las personas de la tercera edad o en estado de debilidad manifiesta.

Con base en lo anterior la Sala pasará a resolver si el amparo constitucional deber ser negado o concedido.

3. El carácter universal e incluyente de la seguridad social en salud: la familia como elemento integrador del sistema.

Uno de los principios fundantes del sistema de seguridad social es el de la universalidad (art.49 C.P.). Este principio orienta la acción del legislador y de los diferentes participantes del sistema para avanzar, dentro de un mandato de progresividad, hacia la efectividad del “derecho irrenunciable a la seguridad social” de todas las personas (ibídem) .1

En esa medida, las normas de seguridad social exigen ser interpretadas y aplicadas con un sentido incluyente y progresivo (tendiente a la universalidad), que permita hacer efectiva “la garantía de protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de su vida”2.

Estos principios que informan el sistema de seguridad social, específicamente en materia de salud, se aplican no solamente frente a las disposiciones del régimen general que el legislador ha establecido a través de la Ley 100 de 1993, “sino también respecto de todos los regímenes exceptuados y especiales que existen en nuestro país. Ello es así, como quiera que lo que se pretende es permitir que todos los habitantes del territorio nacional tengan acceso a los servicios de salud en condiciones dignas, lo que se enmarca dentro de los principios de universalidad y progresividad, propios de la ejecución de los llamados derechos

prestacionales, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la salud”³.

Ahora bien, para la búsqueda de esa cobertura universal, en la que el mayor número posible de personas alcance un grado cierto y real de protección de su seguridad social, el legislador ha establecido en el caso de la salud, la afiliación obligatoria de todas las personas con capacidad de pago (trabajadores o independientes) y en el caso de las personas sin recursos económicos, la prestación de un servicio de salud subsidiado (basado en la solidaridad), en el que, por limitaciones de orden financiero, se opta por dar prioridad a grupos poblacionales en especial estado de debilidad⁴.

Puede quedar entonces 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 subsidiado⁵. 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.

Por tanto, el envío a este último sector de grupos poblacionales que antes tenían cobertura del régimen de salud constituye en principio un retroceso que atenta contra la progresividad del sistema y el mandato constitucional de la seguridad social como derecho efectivo de todas las personas (art.48)⁶.

Así mismo, constituye una regresión del derecho a la salud la expulsión de una persona que se encuentra vinculada a la seguridad social, cuando sin atender los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y progresividad y sin tener en cuenta condiciones especiales de protección constitucional reforzada (tercera edad, situaciones de debilidad manifiesta, grave riesgo a la vida, garantía de una vida digna), se acude a una interpretación restrictiva (no incluyente o positiva) de los criterios que permiten la vinculación y permanencia de las personas en el sistema de salud⁷.

Justamente en el caso de las Fuerzas Militares la Corte señaló recientemente que resulta contraria a los principios constitucionales de solidaridad, de continuidad en la prestación del servicio de salud y de protección especial a personas en situación de debilidad manifiesta, una interpretación literal del ordenamiento jurídico en materia de salud y seguridad social de la Fuerza Pública que se oriente a “restringir o impedir la continuidad del acceso a los

servicios médicos a una persona por el solo hecho de ser desvinculada, cuando dichos servicios se requieren necesariamente para su rehabilitación y son prestados en razón de condiciones patológicas que pueden ser directamente atribuibles al servicio”⁸. Con base en ello, la Corte ordenó que la Dirección de la Armada Nacional continuara prestando la atención especializada -hospitalaria, terapéutica y farmacológica-, a un oficial retirado de la institución.

Ahora bien, para cumplir con este propósito de cobertura universal el legislador ha optado, incluso en los regímenes especiales, 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 salud⁹. También se ordena que ese grupo familiar deba estar inscrito en una misma entidad promotora de salud¹⁰.

Eso explica que más allá de las particularidades de los regímenes especiales a los que alude el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en ellos también se haya establecido por el legislador que los afiliados cotizantes son el medio de ingreso al sistema de salud de las personas que conforman su núcleo familiar y que no tienen capacidad de pago propia. El legislador se vale entonces de los deberes de solidaridad de la familia (art. 42 C.P.) y a través del régimen de beneficiarios hace que los miembros cotizantes actúen como centro de atracción al sistema de quienes dependen económicamente de ellos; por esta vía se extiende el ámbito de cobertura del sistema y se reduce el margen de población desprotegida.

Al estudiar una demanda contra los artículos 19 y 20 de la Ley 352 de 1997¹¹, que a juicio del demandante resultaban inconstitucionales por extender la cobertura del sistema especial de salud de las Fuerzas Militares al personal civil y a los beneficiarios de éste y del personal militar, la Corte señaló que al establecer el régimen correspondiente para los miembros de la Fuerza Pública el legislador no estaba obligado a excluir forzosamente a quienes sin ser militares -como los beneficiarios- tienen una relación estrecha, normalmente de índole familiar con aquéllos, “pues ello significaría suponer que, por la función que cumplen, tales miembros no tienen allegados ni responsabilidades con ellos, ni interés en que su salud esté cabalmente protegida”¹². Por tanto, dijo la Corte, en materia de seguridad social y salud no puede interpretarse que los sistemas especiales deban ser rígidamente exclusivos, “ni

tampoco más gravosos para quienes se supone deberían ser precisamente las personas beneficiadas por ellos, quienes, si prosperara en este punto la demanda, tendrían que asumir por su cuenta y de manera íntegra todo lo concerniente a la salud de las personas que de ellos dependen.¹³ En esa medida, la Corte consideró que no era inconstitucional que el personal civil y los beneficiarios de éste y del personal militar formaran parte del sistema especial de seguridad social en salud de las Fuerzas Militares.

A este respecto, la Corte ha resaltado en distintas ocasiones que sin perjuicio del deber constitucional que le corresponde al Estado de velar por los derechos fundamentales de las personas, la familia está llamada a prestarle a sus miembros más cercanos la atención y asistencia requerida en desarrollo del principio de solidaridad¹⁴.

La familia, como núcleo fundamental de la sociedad, cuyas relaciones responden a vínculos naturales de cohesión y solidaridad y que incluso genera obligaciones civiles entre sus miembros (como el deber de alimentos entre cónyuges, hermanos, ascendientes y descendientes -art. 411 C.C.-), pasa a ser un elemento integrador alrededor del cual el legislador busca hacer efectivo el mandato constitucional de universalidad en la cobertura de la seguridad social en salud, no solamente a título de servicio público, sino como derecho constitucionalmente reconocido a todas las personas (art. 49 C.P.).

De ese modo, la vinculación del grupo familiar como unidad, facilita su atención integral (art. 42 C.P) y la promoción efectiva de las políticas de prevención y atención en salud a partir del conocimiento de las condiciones especiales de cada núcleo familiar, en las fases de educación, información, fomento, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de sus integrantes¹⁵.

Por tanto, 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 salud¹⁶.

Lo expuesto hasta aquí sirve para concluir que la interpretación y aplicación de las normas de seguridad social en salud en cualquiera de los regímenes previstos en la ley, debe hacerse en el entendido que las mismas son expresión tanto del carácter universal del servicio (lo

que implica una interpretación incluyente de la legislación aplicable), como de la protección integral que el Estado y la sociedad deben darle a la familia (art. 42 C.P.). De esta manera, sin que ello habilite el desbordamiento de los contornos fijados por el legislador dentro de su ámbito de configuración normativa en materia de organización del servicio público de salud¹⁷, los diferentes actores del sistema deberán orientar su acción hacia la efectividad de los principios constitucionales y legales de universalidad, progresividad y protección integral de la familia.

4. La cobertura en salud de los padres sin capacidad de pago: necesidad de alternativas efectivas frente a situaciones de grave riesgo para la salud o la vida.

Como ya se revisó, el régimen de seguridad social en salud protege a la familia, a la vez que persigue una cobertura real y efectiva para todas las personas (universalidad). En ese contexto ¿qué protección reciben los padres que no tienen capacidad de pago para afiliarse por su propia cuenta al sistema?

El artículo 163 de la Ley 100 de 1993 establece que el Plan Obligatorio de Salud tiene cobertura familiar y que para tales efectos podrán afiliarse como beneficiarios al cónyuge o al compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; a los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; a 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. También señala que “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”.

En este orden la afiliación de los padres dependientes como beneficiarios de sus hijos está sujeta a que no existan otros afiliados con mejor derecho.

En la Sentencia C-1032 de 2006¹⁸ la Corte revisó si en relación con este artículo la no inclusión de los padres en el grupo de beneficiarios que tiene derecho inmediato a la cobertura familiar del Plan Obligatorio de Salud, vulnera los derechos a la vida, la salud, la igualdad y la seguridad social de las personas de la tercera edad, en cuanto que conforme a la expresión subrayada, su afiliación depende de que el cotizante no tenga cónyuge,

compañero permanente o hijos con derecho.

Al respecto la Corte señaló que en el caso de los afiliados que tienen cónyuge o compañero (a) permanente o hijos menores o dependientes de él, no existe una desprotección para los padres, porque a pesar de que no pueden ser inscritos como beneficiarios directos (art. 163 de la Ley 100 de 1993) el sistema general de seguridad social establece una alternativa real y efectiva para garantizar su integración al sistema. En tales eventos, los hijos cotizantes pueden incluir voluntariamente a sus padres dentro de su grupo familiar -si existe dependencia económica-, mediante el pago de un aporte adicional, tal como establece el artículo 40 del Decreto 806 de 1998:

“ARTICULO 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.”¹⁹

Así, bajo la figura de los cotizantes dependientes o afiliados adicionales (como también se denominan en el Artículo 1º del Decreto 2400 de 2002), los afiliados cotizantes pueden cumplir sus obligaciones respecto de su cónyuge e hijos, sin sacrificar la protección debida a sus padres dependientes, cuyos vínculos de solidaridad y afecto no desaparecen cuando la persona forma una pareja o tiene su propia descendencia.

La Corte aclaró entonces en la providencia antes referida que el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 no puede ser interpretado con un sentido restrictivo que prive de manera absoluta la protección en salud de los padres cuyos hijos tienen cónyuge, compañero permanente o hijos, porque con un pago adicional es posible obtener la prestación del servicio y, por ende, mantener su vinculación al sistema de salud. En este entendido la Corte concluyó que con

esa posibilidad se garantiza el derecho a la salud de los padres que no tengan medios de subsistencia propios para afiliarse de manera independiente al sistema de seguridad social en salud.

Por tanto, el régimen general de seguridad social en salud garantiza el derecho de los padres dependientes a tener cobertura en salud a través de sus hijos cotizantes, bien como beneficiarios cuando el aportante no tiene cónyuge, compañero o hijos con derecho, bien como cotizantes dependientes o afiliados adicionales cuando ocurre lo contrario; en este último caso mediante el pago de un aporte adicional el interesado podrá afiliar a sus padres y, en general, a quienes tengan un vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad (Artículos 40 del Decreto 806 de 1998 y 1º del Decreto 2400 de 2002).

Entonces, los padres sin capacidad económica cuyos hijos deciden legítimamente formar una familia, no se ven expuestos a ser expulsados del sistema y a quedar sin ningún tipo de amparo en salud, sino que mantienen una opción real y efectiva de mantener la cobertura que han alcanzado, pues como afiliados adicionales “tienen derecho a los mismos servicios que los beneficiarios”. Por tanto, no hay en principio retroceso en la efectividad del derecho.

Si esta es la situación actual en el régimen general de seguridad social en salud, ¿qué sucede entonces en los regímenes de especiales?

En la Sentencia T-015 de 2006, la Corte consideró que el régimen excepcional de los educadores (art. 279 de la Ley 100 de 1993) presenta un vacío normativo porque dentro del mismo no existe una alternativa de permanencia para los padres dependientes cuyos hijos afilian a su cónyuge, compañero permanente o hijos con derecho y, en esa medida, quedan expuestos a ser desvinculados del sistema sin ninguna alternativa de permanencia, en muchos casos obligados a suspender tratamientos médicos en curso que pueden afectar su vida y su salud:

“Esta Sala de Revisión concluye con base en todo lo expresado que el régimen de seguridad social en salud para el Magisterio presenta una carencia que dificulta considerablemente que los docentes puedan cumplir con su deber de solidaridad para con sus padres (C.P., arts. 1, 2 y 95.2). Ese vacío desconoce la norma constitucional que obliga al Estado y a la sociedad a garantizar la protección integral de la familia (C.P., art. 42) y que obliga al Estado, la

sociedad y la familia a concurrir “para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad” (C.P., art. 46). De esta forma, el régimen de salud del Magisterio adolece de una carencia sustancial que acarrea en este caso la vulneración de los derechos de las actoras a la dignidad, a la salud y a la seguridad social, estos últimos en conexión con su derecho a la vida.²⁰²¹

La Corte concluyó que los padres de los docentes que dependían de sus hijos no podían ser expulsados del sistema sino que debía brindárseles alguna alternativa real y efectiva para mantener el grado de cobertura ya alcanzado en materia de salud:

“Los argumentos anteriores conducen a esta Sala de Revisión a conceder la tutela impetrada en las tres demandas, con el fin de ordenar al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que defina las condiciones a través de las cuales los padres de los afiliados al Fondo, que no gozan de una pensión y dependen económicamente de sus hijos, podrán acceder al servicio de salud del magisterio, como cotizantes dependientes. Como se ha indicado, la regulación de esta figura dentro del régimen de salud del magisterio permitirá a los docentes cumplir con su deber de solidaridad y pondrá la reglamentación del régimen sobre este punto en consonancia con las normas de la Constitución que consagran el deber de solidaridad y la protección de la familia y de las personas de la tercera edad”.

Además, la Corte exhortó para que se reglamentara la situación de estos padres y ordenó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que reanudara la prestación del servicio médico asistencial de las accionantes, en las mismas condiciones que se les brindaba en el pasado. En ese mismo sentido una sentencia anterior esta Corporación ya había ordenado mantener la afiliación del padre de una educadora, al cual se le había diagnosticado un cáncer y cuya vinculación se había negado porque su hija docente era casada:

“Pues bien, a partir de las reglas establecidas en el párrafo anterior se puede advertir, sin discusión ninguna, que en el presente caso tiene ocurrencia la existencia de un perjuicio irremediable que justifica el desplazamiento de los medios ordinarios y la procedencia de la acción de tutela. Como se desprende de la demanda, la solicitud de la actora está encaminada a lograr la atención de salud que requiere su señor padre, teniendo en cuenta

que éste padece una enfermedad catalogada como catastrófica, y no se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud, ni en el régimen contributivo, ni en el subsidiado.

En el caso del padre de la accionante, se trata de una persona de la tercera edad, que sobrepasa los 92 años, y que no percibe ningún tipo de ingreso (no esta pensionado) por lo cual, para todos los efectos depende económicamente de su hija. Además, por fuera de las dolencias propias de su edad, sufre de una enfermedad catastrófica -cáncer- y, por lo tanto, su salud reviste una gravedad indiscutible, como se deduce de las pruebas aportadas al proceso. Adicionalmente, en cuanto a su derecho a la atención en salud, éste se encuentra desamparado ya que, como se ha expresado anteriormente, no se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud en ninguno de los regímenes, y no podría estarlo, por cuanto no tiene capacidad de pago para pertenecer al régimen contributivo, ni tampoco se encuentra en situación de indigencia pues depende económicamente de su hija.

Cabe recordar que el señor Gabriel de Jesús Mejía Marulanda, como persona de la tercera edad y por disposición constitucional expresa, es sujeto de una protección especial reforzada por parte del Estado, dado el estado de debilidad manifiesta en que se encuentra este grupo poblacional” 22.

Estas conclusiones han sido reiteradas en las Sentencias T-15323 y 22824 de 2005 y T-26725 y 594 de 2006²⁶, en las que se ha dado la misma orden de reanudación del servicio de salud a padres de docentes desvinculados del sistema de salud sin alternativas de permanencia en el mismo, a pesar de su estado de dependencia económica y de estar en tratamientos médicos de los cuales dependían su vida y su salud²⁷:

“Se advierte entonces que el régimen de seguridad social del Magisterio presenta un vacío en este punto [vinculación de los padres dependientes]²⁸, que dificulta considerablemente que los docentes puedan cumplir con su deber de solidaridad para con sus padres (C.P., arts. 1, 2 y 95.2). Este vacío desconoce la norma constitucional que obliga al Estado y a la sociedad a garantizar la protección integral de la familia (C.P., art. 42) y que obliga al Estado, la sociedad y la familia a concurrir “para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad” (C.P., art. 46).²⁹

Por su parte, respecto del régimen especial de las Fuerzas Militares existe un antecedente sobre la protección de los padres dependientes. En la Sentencia C-671 de 2002³⁰ la Corte

revisó la situación de los padres de los policías y militares vinculados a la institución castrense con anterioridad a 1989 y 1990, respectivamente, quienes por excepción (no es la regla general) tienen acceso directo al sistema de salud si dependen económicamente de sus hijos, pero únicamente mientras estos últimos se encuentren en situación de servicio activo (parágrafo 3º del artículo 24 del Decreto 1795 de 200031). Ello significaría que cuando esta calidad desaparece (la del servicio activo) los padres perderían la cobertura en salud que tenían hasta ese momento y podrían ser desvinculados del sistema.

La Corte consideró sin embargo que si bien el legislador puede disponer que en ese régimen especial la cobertura del sistema solamente se extienda “a quienes son miembros efectivos de la Fuerza Pública y a su grupo familiar, y no a aquellos que dejaron de hacer parte de esas instituciones”, dicho criterio resulta desproporcionado cuando la calidad de militar activo no se pierde por la desvinculación de la institución sino por una situación propia del desarrollo natural de la actividad castrense, como cuando se pasa a recibir la pensión de vejez o de invalidez. Esa circunstancia implica, dice la Corte, “que sus padres, en la hipótesis de que dependieran económicamente del oficial o del suboficial, dejan automáticamente de ser beneficiarios del SSMP.”

Es decir, que “una persona, muy probablemente de la tercera edad, que era beneficiaria de un sistema de salud, súbitamente queda sin acceso a los servicios médico asistenciales que requiere, sin que haya ninguna responsabilidad de parte suya ni de su hijo, que lo único que hizo es pensionarse.” La Corte estableció que esa situación implica, “sin una justificación imperiosa, una reducción de la protección en salud que ya había sido alcanzada por un determinado grupo social”. Se viola entonces, dijo la Corte, el principio de progresividad³².

Con base en lo anterior, la Corte declaró exequible el parágrafo 3º del artículo 24 del Decreto 1795 de 2000 pero en el entendido que “sus padres [del personal militar y de policía que dejan el servicio activo] podrán continuar siendo beneficiarios del SSMP, siempre y cuando no tengan la posibilidad de ser beneficiarios de ningún otro sistema de seguridad social en salud”. (se subraya)

En este orden, la Corte ha hecho énfasis en la relevancia constitucional de los vínculos de solidaridad entre padres e hijos y, en esa medida, en la legitimidad de los mecanismos orientados a que los adultos mayores puedan acceder al sistema de salud por medio del

grupo familiar del cual forman parte, incluso si se trata de regímenes especiales de salud como los de los educadores y los miembros de las Fuerzas Militares. Como se dijo en la Sentencia T-015 de 2006 anteriormente citada "(...) en principio, no constituye una carga exorbitante exigirle a los hijos que contribuyan a la prestación de los servicios de salud para sus padres pagando la cotización correspondiente para inscribirlos en un régimen de salud. Esa carga es exigible a los hijos en virtud del principio de solidaridad".

Ahora bien, es importante advertir que no se trata de un problema de igualdad o de simple comparación entre el régimen general y los regímenes excepcionales³³, pues como ha dicho la Corte su estructura interna dificulta un balance entre las prestaciones que ofrece cada uno de ellos:

"[E]n principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a las otras prestaciones" ³⁴.

Se está más bien frente a la comprobación del grado de protección mínima que los diversos sistemas de salud deben dar a los padres que no tienen capacidad de pago para vincularse por sus propios medios al sistema y que por tanto pueden ver comprometido sus derechos fundamentales, al quedar expuestos a una desprotección total y a la suspensión de tratamientos médicos en curso que son necesarios para su vida. Se trata por tanto de establecer si el régimen de excepción, que se supone más favorable para sus afiliados³⁵, brinda en estos casos una solución acorde a los principios de universalidad, progresividad, continuidad y solidaridad. Porque como señaló la Corte en la Sentencia T-153 de 2006 al referirse a los obstáculos para la afiliación de los padres de los docentes sin capacidad económica, los regímenes excepcionales de salud no pueden llevar a la negación de los elementos básicos del esquema constitucional y legal de la seguridad social:

"Como quiera que la regulación del sistema de seguridad social en los regímenes especiales no puede implicar una negación de los elementos básicos del esquema constitucional y legal

de la seguridad social, que se traduzca en un impedimento para que los afectados puedan acceder a la seguridad social en salud por alguna vía, sin plantear alternativas ciertas a quienes tengan la condición de dependencia económica de los afiliados al régimen, para esta Sala la determinación del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio implica una violación del derecho al acceso al sistema de seguridad social en salud de los padres de los docentes afectados con la medida, ya que pone a los afectados en una situación de incertidumbre e indeterminación respecto de las efectividades de su derecho a la seguridad social y teniendo en cuenta, además, que se trata de personas de la tercera edad, que dependen económicamente de sus hijos y que no tienen los recursos para proveerse a sí mismos lo referente a la cobertura en materia de salud” 36.

5. Protección constitucional reforzada de personas de la tercera edad o en especial estado de debilidad manifiesta. Continuidad de los tratamientos médicos.

De acuerdo con el artículo 46 de la Constitución Política el Estado, la sociedad y la familia deben concurrir a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad y el Estado “les garantizará los servicios de seguridad social integral”. Así mismo el artículo 13 Superior establece que la igualdad de las personas será real y efectiva y que el Estado protegerá especialmente “a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”.

Por ello la Corte ha reiterado que las personas de la tercera edad son objeto de una protección constitucional reforzada que exige una especial atención del Estado, de la sociedad y de la familia:

“La tercera edad exige el respeto y la consideración de la sociedad y la gestión efectiva del Estado Social de Derecho, que no pueden eludir sus responsabilidades en la preservación de una vida digna de personas cuya debilidad es manifiesta, pero también los particulares, y en especial los que obtienen o han obtenido beneficio merced al trabajo de la persona de edad avanzada, tienen a su cargo una responsabilidad jurídica en el campo económico y prestacional, derivada del contrato, y una no menos vinculante de carácter social, emanada de los preceptos constitucionales (artículo 2 C.P.)”39.

Precisamente, al referirse a los padres de los docentes, la Corte señaló respecto de la protección de sus derechos fundamentales como personas de la tercera edad:

“Para la Sala es claro que los derechos fundamentales de los accionantes, quienes son personas de la tercera edad, deben primar sobre cualquiera de rango legal o reglamentario, máxime cuando se pone de manifiesto su situación de inferioridad y grave estado de salud. Esta Corporación ha sostenido de tiempo atrás que las personas de la tercera edad tienen derecho de nivel constitucional a una especial protección, particularmente en lo relativo a la preservación de su vida en condiciones dignas y justas, a su salud y a su seguridad social y el Estado, de conformidad con el artículo 46 de la Carta, se encuentra comprometido a garantizar a los ancianos la protección de tales derechos”⁴⁰.

Por ello, frente a personas de la tercera edad el principio de continuidad en la prestación de los servicios médico-asistenciales adquiere una relevancia constitucional aún mayor:

“7.7. Conforme a todo lo expresado, esta Sala encuentra que los Acuerdos 4 y 13 de 2004 proferidos por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pesar de ser actos de carácter general, han ocasionado en concreto una agresión a los derechos fundamentales invocados por los accionantes, traducida en una determinación contraria a los principios de progresividad y continuidad en materia de seguridad social en salud, como la de privarlos de una prerrogativa ya alcanzada dentro del régimen especial del magisterio, esto es, la de ser beneficiarios de sus hijos docentes casados o con hijos, y sin tener la posibilidad de ser siquiera afiliados adicionales de los mismos como si se permite en el régimen general, provocando en estas personas de la tercera edad, la suspensión de los servicios médico asistenciales que venían recibiendo en busca de la mejoría de sus graves afecciones de salud.” (se subraya)⁴¹

Es preciso recordar que el principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud, exige la no interrupción de los tratamientos en curso que puedan afectar la vida o representar graves compromisos a la salud de las personas⁴², incluso en el caso de los regímenes excepcionales de salud⁴³ y más aún si se trata de personas que son objeto de una protección constitucional reforzada.

La continuidad en la prestación del servicio “garantiza el derecho de los usuarios a recibirlo de manera oportuna y prohíbe a las entidades responsables realizar actos u omitir obligaciones que afecten las garantías fundamentales de los usuarios”⁴⁴ Por ello, la jurisprudencia de esta Corporación “ha fijado un amplio alcance del principio de continuidad

del servicio público de salud, garantizando que una persona continúe recibiendo un tratamiento o un medicamento que sea necesario para proteger principalmente sus derechos a la vida y a la integridad”⁴⁵. En ese orden, las controversias de tipo contractual, administrativo o económico no son fundamento suficiente para que una entidad encargada de prestar servicios de salud “desconozca la responsabilidad social que tiene para con la comunidad en general, y con sus afiliados y beneficiarios en particular”⁴⁶.

Por ello, si se tiene en cuenta que los regímenes especiales responden a la necesidad de garantizar los derechos de cierto grupo de personas que por sus especiales condiciones merecen un trato diferente al de los demás beneficiarios de la seguridad social⁴⁷ y que su objetivo reside en la “protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados”⁴⁸, resulta aún más importante que dentro de ellos y frente a una materia como la protección de la salud de los padres dependientes que enfrentan enfermedades catastróficas, existan mecanismos que permitan su retención en el sistema antes que su expulsión hacia el grupo de personas que no tiene ningún tipo de cobertura en salud. Sólo de esa manera se cumplen los propósitos constitucionales y legales de universalidad, proporcionalidad, solidaridad y protección efectiva de las personas de la tercera edad y se garantiza la continuidad de los servicios médicos de personas que se encuentran en situaciones de grave riesgo para su vida.

5. La protección de los padres en el régimen de salud de las Fuerzas Militares y de Policía. La solución del caso concreto.

Las Fuerzas Militares y de Policía se sujetan a un régimen especial de salud (Art. 279 de la Ley 100), al cual se encuentra afiliado tanto el personal militar como el personal civil (artículos 19 de la Ley 352 de 1997 y 23 del Decreto 1795 de 2000). En uno y otro caso, los afiliados cotizantes tienen la posibilidad de inscribir a ciertos miembros de su núcleo familiar en calidad de beneficiarios (artículos 20 de la Ley 352 de 1997 y 24 del Decreto 1795 de 2000).

Este régimen especial establece en punto del asunto que se debate en el proceso, que “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” (artículos 20 de la Ley 352 de 1997 y 24 del Decreto 1795 de 2000).

Solamente en el caso excepcional del personal militar y de policía activo ingresado al servicio antes de los Decretos 1211 de 1990 y 096 de 1989, se establece la afiliación de los padres como beneficiarios directos, sin ninguna condición distinta a la dependencia económica de sus hijos cotizantes (parágrafo 3º del artículo 24 del Decreto 1795 de 2000).

En consecuencia se tiene que en el régimen de salud de las Fuerzas Militares los padres del afiliado también son, por regla general, beneficiarios del sistema en forma subsidiaria o condicionada, puesto que únicamente acceden a las prestaciones médicas si el hijo cotizante no tiene cónyuge o compañero permanente ni hijos con derecho. En esta situación se encuentran la tutelante y su esposo, quienes en su calidad de padres fueron desvinculados del servicio de salud cuando su hija (afiliada cotizante) inscribió a su propio hijo.

Sin embargo, de forma similar a como ha se ha evidenciado en el régimen excepcional de los docentes, el sistema especial de las Fuerzas Militares no establece un mecanismo equivalente o similar al de los cotizantes dependientes o afiliados adicionales que permita la inscripción o permanencia de los padres que dependen económicamente de sus hijos, en los eventos en que existen otros beneficiarios que les impiden acceder a la prestación del servicio o que, como en el caso concreto que se analiza, se ven expuestos a la expulsión definitiva del sistema después de haber pertenecido al mismo, solamente porque su hijo soltero optó por casarse, tener un compañero o compañera permanente o concebir un hijo.

En la presente tutela, la situación de los padres se ve agravada porque además de la dependencia económica de su hija⁴⁹, en el caso de la madre, de casi 66 años de edad, existe un diagnóstico de cáncer y se está a la mitad de un tratamiento de radio y quimioterapia del cual no sólo dependen sus posibilidades de recuperación sino su propia vida (según pruebas adjuntas no controvertidas por la parte accionada). El padre tiene casi 70 años de edad y no hay evidencia de que tenga algún tipo de ingreso que le permita afiliarse por su propia cuenta al sistema de seguridad social, ni tampoco resultaría lógico exigirle que acuda al mercado laboral para obtener un trabajo y que de esa forma se afilie con su esposa al sistema de seguridad social.

La solución dada por la entidad accionada ha sido la desvinculación de los padres del servicio de salud de las Fuerzas Militares con base el artículo 24 del Decreto 1795 de 2000 (existencia de un beneficiario con mejor derecho), argumentando además que la tutelante y su esposo

pueden afiliarse a una EPS como cotizantes independientes.

De acuerdo con lo expuesto a lo largo de esta providencia, la desafiliación de los padres en un caso con las particularidades del que se analiza, presenta serios reparos constitucionales y legales desde varios puntos de vista:

i. Desconoce los principios de universalidad, progresividad y continuidad del servicio de salud; se prefiere una interpretación excluyente de las disposiciones legales antes que una hermenéutica integradora que sea acorde con los principios y valores que inspiran tanto el régimen general de salud como los especiales.

i. Conlleva un retroceso en un derecho prestacional que ya se tiene, en donde sin ningún tipo de esfuerzo por parte de la entidad prestadora del servicio se vuelve hacia atrás en el nivel de protección en salud que ya se ha logrado para la accionante y su esposo.

i. Pasa por alto la protección constitucional reforzada de la demandante y su esposo, al estar en un grupo de especial protección constitucional (tercera edad), cuya tutela se hace más exigente por el estado especial de debilidad manifiesta que origina una enfermedad catastrófica y terminal;

i. Ignora que la tutelante se encuentra sometida a un tratamiento médico cuya suspensión representa un grave riesgo para su vida o por lo menos una pérdida de mejores condiciones de vida digna ante la expectativa de la muerte (tratamiento paliativo). Si bien el sistema de salud no puede garantizar la vida, si debe permitir que el acercamiento a la muerte se haga en condiciones dignas que no enfrenten a la persona y a su familia a padecimientos adicionales de las que legítimamente deben soportarse.

a. La desvinculación de los padres dependientes no puede justificarse en que ellos tendrían la opción de afiliarse a una EPS como cotizantes independientes. La Corte ha reiterado que si los padres no tienen capacidad de pago y son sostenidos económicamente por sus hijos, no puede partirse de un ingreso ficticio que no reciben y exigírseles “que representen un papel contraevidente, por ser distante de la realidad”⁵⁰. Así, “es claro que el hecho de que estos padres no estén pensionados, ni cuenten con ingresos o recursos propios, impide que ellos acudan al régimen contributivo para afiliarse bajo la figura de cotizantes independientes”⁵¹. En ese orden, la Corte ha insistido en que no tiene sentido pedirle a estos padres que acudan a una EPS para solicitar ser afiliados como cotizantes independientes, “cuando son sostenidos económicamente por sus hijos” ⁵².

a. Si uno de los miembros del grupo familiar pertenece al régimen contributivo (general o especiales), debe, en virtud del principio de solidaridad, vincular a su grupo familiar a ese sistema para permitir que la cobertura del régimen subsidiado se extienda a aquellas personas sin ninguna capacidad de pago y sin un núcleo familiar que pueda enlazarlas a la seguridad social:

“En esta materia, en las condiciones actuales del sistema de salud en Colombia, y en razón de la prioridad que tienen los más pobres en un Estado Social de Derecho, en los casos referidos a las cargas económicas exigibles a los familiares el juez de tutela sólo habrá de intervenir en forma subsidiaria para promover algún subsidio, cuando la familia no puede asumir la carga que genera el aseguramiento de la prestación del servicio de salud a sus padres. Por lo tanto, no comparte esta Sala la decisión de uno de los jueces de tutela de pasar a observar la posibilidad de que la actora sea afiliada al Sistema Subsidiado de Salud. Dada la precariedad económica de este sistema, que se evidencia en los millones de personas que no han podido ser afiliadas a él, el juez de tutela no puede ordenar que se considere la afiliación de un demandante a este sistema de salud sin que se haya demostrado que sus hijos no pueden asumir ese costo.”⁵³

En la Sentencia T-267 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte también señaló:

“Al respecto, en el estado actual del sistema de salud en Colombia, y en razón de la prioridad que tienen los más pobres en un Estado Social de Derecho, en los casos referidos a las

cargas económicas exigibles a los familiares el juez de tutela sólo habrá de intervenir en forma subsidiaria para promover algún subsidio, cuando la familia no pueda encargarse de los costos del aseguramiento de la prestación del servicio de salud a sus progenitores. En esa medida, no comparte esta Sala la decisión de la mayoría de los jueces de tutela de considerar la posibilidad de que los actores sean afiliados al Sistema Subsidiado de Salud, pues dada la escasez financiera de este sistema, que se advierte en el gran número de personas que no han podido ser afiliadas al mismo, el juez de tutela no puede ordenar que se considere la afiliación de un demandante a este sistema de salud sin que se haya evaluado la posibilidad de que sus hijos no están en la capacidad de sufragar los gastos que se demanden”.

En consecuencia, el hecho de que el sistema de excepción de las Fuerzas Militares no tenga establecido expresamente un mecanismo que permita la permanencia de los padres cuando sus hijos contraen matrimonio, forman una sociedad de hecho o deciden tener sus propios hijos, constituye un vacío normativo no trasladable a los padres sin capacidad económica que enfrentan enfermedades catastróficas que ponen en grave riesgo su salud y su vida. Ello atentaría contra las exigencias mínimas de solidaridad y responsabilidad que frente a personas de la tercera edad corresponden al Estado, la sociedad y la familia.

La entidad accionada pasa por alto que su propio régimen especial (Decreto 1795 de 2000) ordena en su artículo 6º que la prestación de los servicios de salud de las Fuerzas Militares debe estar orientada, entre otros, por los principios de ética (brindar servicios de salud integrales en un marco de respeto por la vida y la dignidad humana), universalidad (protección para todas las personas sin ninguna discriminación y en todas las etapas de su vida), solidaridad (ayuda mutua entre los establecimientos de sanidad bajo una regla de ayuda del más fuerte al más débil) y protección integral (atención integral a sus afiliados y beneficiarios, que incluye la prevención, protección, diagnóstico, recuperación y rehabilitación de las personas). Estos principios, que además son una concreción de lo dispuesto en la Constitución Política, no son indiferentes para la solución de casos como el que se revisa, pues, precisamente, constituyen herramientas normativas para que las autoridades y participantes del sistema puedan brindar soluciones adecuadas que no se lograrían a partir de una aplicación puramente formal del ordenamiento jurídico.

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia⁵⁴ ha señalado que el derecho a la

seguridad social contemplado en el artículo 48 de la Carta adquiere carácter de derecho fundamental cuando las circunstancias del caso conducen a que su desconocimiento ponga en peligro derechos y principios fundamentales, como el de la vida, la dignidad o la integridad del individuo.

Por ello ha entendido que la tutela es procedente frente al perjuicio irremediable e inminente que puede existir para la vida de la persona, como “cuando los padres padecen una enfermedad catalogada como catastrófica y no se encuentran afiliados al sistema de seguridad social en salud, ni en el régimen contributivo, ni en el subsidiado, la tutela es procedente” En tales eventos “impedir que los hijos que velan económicamente por sus padres dependientes los afilien al régimen al que ellos mismos se encuentran afiliados (así se trate de un régimen especial) viola claros preceptos constitucionales y legales”⁵⁵.

En consecuencia, la Corte tutelaré el derecho a la salud, en conexidad con la vida de la tutelante y su esposo, los cuales se encuentran vulnerados con la decisión de las Fuerzas Militares de suspender de manera definitiva sus servicios médicos y asistenciales, a pesar de estar frente a personas que son objeto de una protección constitucional reforzada, expuestas a una situación de especial debilidad e indefensión.

Por tanto, se revocarán las decisiones de instancia y se dispondrá que la Dirección de Sanidad Militar del Comando General de las Fuerzas Militares (o quien corresponda) reestablezca la prestación del servicio médico asistencial de la señora Nelly Ortega Gamboa y de su esposo Alfredo Ledesma López, como beneficiarios de su hija Patricia Elvira Ledesma Ortega, en las mismas condiciones en que se venía prestando antes de su suspensión. El Jefe del Centro Nacional de Afiliación -CENAF- del Comando General de las Fuerzas Militares - Dirección de Sanidad Militar- deberá expedir los correspondientes carnés de afiliación, aclarando que de dicho trámite no podrá depender la atención en salud ordenada en esta providencia, la cual deberá reestablecerse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de esta providencia.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero REVOCAR las Sentencias del siete (7) de noviembre de 2006 del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Arauca -Sala Única- y del treinta (30) de enero de 2007 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por medio de las cuales se negó la tutela de los derechos fundamentales a la vida y la salud de Nelly Ortega Gamboa y Alfredo Ledesma López.

Segundo.- TUTELAR los derechos a la vida y a la salud de Nelly Ortega Gamboa y Alfredo Ledesma López. En consecuencia, ORDENAR a la Dirección de Sanidad Militar del Comando General de las Fuerzas Militares (o a quien corresponda) que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reestablezca la prestación del servicio médico asistencial de la señora Nelly Ortega Gamboa y del señor Alfredo Ledesma López, como beneficiarios de su hija Patricia Elvira Ledesma Ortega, en las mismas condiciones en que se venía prestando antes de su suspensión y garantizando la continuidad de los tratamientos médicos que se hubieran suspendido.

Tercero. Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Comuníquese igualmente al Jefe del Centro Nacional de Afiliación -CENAF- del Comando General de las Fuerzas Militares -Dirección de Sanidad Miliar- para los tramites inmediatos de carnetización a que haya lugar, con la precisión que de dicho trámite no podrá depender la atención en salud ordenada en esta providencia.

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado AUSENTE EN COMISION

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ley 100. Art. 156: “b) Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales;”

2 Corresponde a la definición del principio de universalidad tanto en la Ley 100 de 1993 (art.2º) como en el Decreto 1795 de 2000 (art.6º), que regula el régimen especial de las Fuerzas Militares.

3 Sentencia T-153 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

4 Art. 157 de la Ley 100 de 1993. (...) “2. 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. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.”

5 La Ley 100 de 1993 define estas personas como participantes vinculados: “Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado (Art.157, literal B).”

6 Sentencia C-671 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Allí se señaló respecto de la exclusión del sistema de los padres de los militares activos vinculados antes de 1990: “(...) si bien no todo cambio en la forma de satisfacer un derecho social implica per se un retroceso es evidente que la exclusión del sistema de salud de un grupo poblacional que ya había sido incluido en el mismo, y ya había alcanzado unos niveles de protección determinados, implica un retroceso en la realización del derecho a la salud (...) .”

7 Sentencias T-153 y 228 de 2006.

8 Sentencia T-841 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

9 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” 9. Por su parte, el artículo 25 del Decreto 1795 de 2000 (Régimen especial de las Fuerzas Militares) 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”.

10 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

11 Por la cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía.

12 Sentencia C-089 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández.

13 Ibídem.

14 “La sociedad colombiana (...) sitúa inicialmente en la familia las relaciones de solidaridad. Esta realidad sociológica, en cierto modo reflejada en la expresión popular ‘la solidaridad comienza por casa’, tiene respaldo normativo en el valor dado a la familia como núcleo fundamental (CP. art. 42) e institución básica de la sociedad (CP. art. 5). En este orden de ideas, se justifica exigir a la persona que acuda a sus familiares más cercanos en búsqueda de asistencia o protección antes de hacerlo ante el Estado, salvo que exista un derecho legalmente reconocido a la persona y a cargo de éste, o peligren otros derechos

constitucionales fundamentales que ameriten una intervención inmediata de las autoridades (CP art. 13)” Sentencia T-533 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Igualmente, puede verse la Sentencia C-174 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía, en la que se señaló que: “El deber de alimentos así como la porción conyugal son instituciones fundadas en el principio de solidaridad que impregna el conjunto de las relaciones familiares”. También pueden verse las sentencias T-1330 de 2001 y T-015 de 2006.

15 Numeral 3º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993.

17 Sobre la potestad de configuración normativa del legislador en esta materia la Corte ha dicho que si bien es amplia, no significa que “sea admisible cualquier regulación, ya que no sólo la Constitución Política señala unos principios básicos de la seguridad social y del derecho a la salud, que tienen que ser respetados por el Congreso, sino que además la ley no puede vulnerar otros derechos y principios constitucionales.” (Sentencia T-153 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil)

18 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

19 Parcialmente modificado por el artículo 1º del Decreto 2400 de 2002 que establece la forma en que se determina el monto del pago adicional para la afiliación de los cotizantes dependientes.

20 Es importante anotar que otros casos sobre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que han sido tratados en sentencias de esta Corporación evidencian carencias similares. Así, la sentencia T-864 de 1999 versó sobre las demandas de distintos educadores del Tolima, cuyos hijos menores de 12 años habían perdido su calidad de beneficiarios en virtud de las nuevas disposiciones contractuales. Igualmente, en la sentencia T-845 de 2003 la Corte se ocupó con la demanda presentada por una educadora, a cuya hermana, que padecía el Síndrome de Down, le habían sido retirados los servicios médico-asistenciales. De la misma manera, las sentencias T-348 de 1997 y T-1038 de 2001 versaron sobre las demandas presentadas por docentes, por cuanto sus hijos, mayores de edad y discapacitados, habían perdido la calidad de beneficiarios de los servicios del Fondo.

21 Sentencia T-015 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Igualmente Sentencias T-267 de 2006 y 594 de 2006.

22 Sentencia T-351 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

23 M.P. Rodrigo Escobar Gil

24 M.P. Jaime Córdoba Triviño

25 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

26 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

27 En las sentencias T-267 y 594 de 2006 se reiteró la sentencia T-015 de 2006 y se señaló que se contrariaban los principios de progresividad y continuidad en materia de seguridad social en salud, al privar a los padres de los docentes de una prerrogativa ya consolidada dentro del régimen especial del magisterio. En la Sentencia T-442 de 2006 la Corte consideró que existía un hecho superado, pues ya se había expedido una reglamentación que permitía la afiliación de los padres de los docentes como cotizantes dependientes (similar a la existente en el régimen general de seguridad social). Las sentencias T-515A, T-573 y T-602 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-1028 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) también declararon la existencia de un hecho superado bajo los mismos supuestos antes señalados.

28 Es importante anotar que otros casos sobre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que han sido tratados en sentencias de esta Corporación evidencian carencias similares. Así, la sentencia T-864 de 1999 versó sobre las demandas de distintos educadores del Tolima, cuyos hijos menores de 12 años habían perdido su calidad de beneficiarios en virtud de las nuevas disposiciones contractuales. Igualmente, en la sentencia T-845 de 2003 la Corte se ocupó con la demanda presentada por una educadora, a cuya hermana, que padecía el Síndrome de Down, le habían sido retirados los servicios médico-asistenciales. De la misma manera, las sentencias T-348 de 1997 y T-1038 de 2001 versaron sobre las demandas presentadas por docentes, por cuanto sus hijos, mayores de edad y discapacitados, habían perdido la calidad de beneficiarios de los servicios del Fondo.

29 Sentencia T-594 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

30 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

31 “Art. 24. (...) PARÁGRAFO 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. (Corresponde al parágrafo 4º del artículo 20 de la Ley 352 de 1997).

32 Se señaló que si bien no todo cambio en la forma de satisfacer un derecho social implica per se una regresión “es evidente que la exclusión del sistema de salud de un grupo poblacional que ya había sido incluido en el mismo, y ya había alcanzado unos niveles de protección determinados, implica un retroceso en la realización del derecho a la salud (...) el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto”. Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000 y C-1489 de 2000.

33 “De esta manera, al comparar el Sistema General de Seguridad Social en Salud con el régimen especial del Magisterio salta a la vista que el primero es más amplio que el segundo en lo que se refiere a la posibilidad de los docentes para afiliar a sus padres como beneficiarios, cuando éstos dependen económicamente de aquéllos y los educadores tienen también como beneficiarios a su cónyuge o a sus propios hijos. La constatación de esta diferencia genera el interrogante acerca de si se presenta una vulneración del principio de igualdad en el tratamiento normativo que contienen el Régimen General de Seguridad Social en Salud y el régimen definido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en torno a la inscripción de los padres como beneficiarios de sus hijos afiliados. Para dilucidar esa pregunta (habría que acudir al juicio de igualdad que ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, en este caso no es procedente hacerlo. Al respecto cabe decir, en primer lugar, que la misma Corte ha indicado que la existencia de regímenes especiales no es en sí misma violatoria del principio de igualdad. Por otra parte, los dos regímenes - el general de la Ley 100 de 1993 y el especial del Magisterio - están destinados a cubrir sectores de población distintos y, más específicamente, el régimen del Magisterio se creó con el fin de proteger algunos beneficios concedidos a este sector. Y finalmente, no es posible aplicar el juicio en este caso, porque

cuando se trata de comparar regímenes de seguridad social el ejercicio debe hacerse en forma integral y no fragmentaria, es decir, tomando en cuenta todas las normas integrantes de cada régimen, y no regulaciones aisladas. Ello, por cuanto es común que los distintos regímenes sean más favorables en unos puntos y menos en otros.” (Sentencia T-015 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

34 Sentencia C-080 de 1999. M.P. doctor Alejandro Martínez Caballero, reiterada en Sentencia C-970 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. También pueden revisarse las Sentencias C-835 de 2002, C-1032 de 2002, C-101 de 2003, C-104 de 2003 y C-970 de 2003, entre otras. La Corte ha dicho respecto del régimen de las Fuerzas Militares y de Policía: “Sobre el particular, es pertinente aclarar que esta Corporación ha estudiado la constitucionalidad de dichos regímenes, señalando que las diferencias que se presentan no son per se discriminatorias, pues la estructura de los sistemas difiere sustancialmente en la medida en que su acceso y sus métodos de calificación están regulados por patrones distintos, no habiendo coincidencia entre los sistemas de cálculo, liquidación y monto de las prestaciones, al estar diseñados para regular situaciones diversas, acordes con las características específicas de los grupos sociales cubiertos”. (Sentencia T-829 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

35 “7.6. De otra parte, 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” (Sentencia T-594 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández)..

36 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

37 Sentencia C-671 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

38 Sentencia C-381 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

39 Sentencia T-489 de 1999. En el mismo sentido Sentencia T-351 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

40 Sentencia T-267 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

41 Sentencia T-594 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

42 Sentencia T-351 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia T-015 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

43 “En conclusión, no puede presentarse una interrupción abrupta de los servicios de salud frente a un tratamiento médico que ya ha iniciado, cuando con ello se vulneren o amenacen derechos de rango constitucional; en efecto, en cumplimiento de los mandatos constitucionales señalados, no pueden las empresas promotoras de servicio de salud comprometer súbitamente la continuidad del servicio. Cabe señalar que las anteriores consideraciones son plenamente aplicables en el caso del servicio de seguridad social en salud que se presta a los docentes o a sus beneficiarios, quienes por mandato legal deben estar afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como quiera que el principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud tiene fundamento constitucional y, en esa medida, su efectividad es exigible a cualquier régimen especial, como ocurre precisamente en el caso de los docentes. (Sentencia T-153 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

44 Sentencia T-594 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

45 Ibídem.

46 Ibídem. En la Sentencia T-153 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte señaló: “Por tal razón, aún cuando el Fondo de Prestaciones Sociales y la I.P.S. Cosmitet Medinorte señalaron que la entrada en vigencia de las nuevas condiciones contractuales para la prestación de los servicios médicos del magisterio, fueron dadas a conocer a los afectados con anterioridad [en el sentido que los padres de los docentes quedaban excluidos del servicio de salud], lo cierto es que la decisión del Consejo Directivo del Fondo afectó la continuidad de los tratamientos que venían recibiendo las actoras, situación que resulta desde todo punto de vista inadmisibles, más aún cuando estamos frente a personas de la tercera edad que necesitan de tratamientos médicos continuos de los cuales depende su salud y vida.”

47 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-835 del 8 de octubre de 2002 (M.P. Marco Gerardo

Monroy Cabra).

48 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-348 del 24 de julio de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

49 La dependencia económica era condición para estar vinculados como beneficiarios de su hija, además de que frente a esa circunstancia la entidad demandada no hace ninguna objeción ni aporta ninguna prueba en contrario.

50 Sentencia T-015 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Igualmente Sentencia T-594 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

51 Sentencia T-153 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

52 Sentencia T-267 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

53 Sentencia T-015 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Igualmente sentencia T-442 de 2006 del mismo magistrado ponente.

54 Sentencia T-290 de 31 de marzo de 2005. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia T-829 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

55 Sentencia T-351 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil