

Referencia: expediente T-2.273.959

Acción de tutela instaurada por Luis José Quijano Aguilar en representación de Lina Paola Quijano Lizarazo y Joaquín Díaz Quijano contra la Dirección General de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y los Magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión del fallo de tutela emitido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

En representación de su hija Lina Paola Quijano Lizarazo y su nieto Joaquín Díaz Quijano, Luis José Quijano Aguilar formuló solicitud de amparo contra la Dirección General de Sanidad Militar, por la presunta vulneración del derecho fundamental a la salud, a la vida y a la seguridad social del niño Joaquín Díaz Quijano.

Señaló el gestor del amparo que es abuelo de Joaquín Díaz Quijano, menor de edad, cuya madre, Lina Paola Quijano Lizarazo -su hija- es actualmente menor de edad y está bajo su cuidado y custodia, razón por la cual solicitó ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la custodia de su nieto.

Manifestó el accionante que, en su calidad de pensionado de las Fuerzas Militares de Colombia, afilió como beneficiario del sistema de seguridad social a su grupo familiar compuesto, entre otras personas, por la madre del niño Joaquín Díaz Lizarazo.

Adujo el demandante en tutela que ante la solicitud de afiliación de su nieto como beneficiario del servicio de salud, presentada el 15 de octubre de 2008 a la Dirección General de Sanidad Militar, dicha entidad resolvió que “no era posible, toda vez que el decreto 1795 de 2000, en su artículo 24, no tiene incluidos a los nietos expresamente”.

Afirmó que la “decisión del Director General de Sanidad Militar obstaculiza el cumplimiento, por parte del suscrito, de los deberes que [l]e incumben como abuelo que tiene a cargo la responsabilidad de [su] nieto” y que la autoridad accionada no tuvo en cuenta que la custodia y el cuidado del niño está a su cargo por ser la madre menor de edad y dependiente económicamente de él.

Finalmente, el gestor del amparo referencia la sentencia de tutela T- 907 de 2004 como sustento para la prosperidad de su solicitud de amparo.

2. Solicitud de tutela

En virtud de lo expuesto, el accionante solicitó que “se proteja el derecho fundamental a la salud y la seguridad social en conexión con el derecho fundamental a la vida de, [su] nieto JOAQUIN DÍAZ QUIJANO” y, en consecuencia, “se ordene al Director General de Sanidad Militar del Comando de las Fuerzas Militares de Colombia... proceda a adoptar todas las medidas necesarias para que JOAQUIN DÍAZ QUIJANO sea afiliado al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares en calidad de beneficiario del suscrito, ordenando a su vez la expedición del respectivo carné”.

3. Intervención de la accionada

Mediante oficio allegado al expediente de la referencia el 1° de abril de 2009, el Director de Sanidad Naval señaló que, a efectos de dar contestación a la demanda de tutela, fue remitido el escrito de tutela al Centro Nacional de Afiliación de las Fuerzas Militares. También informó que había solicitado a la señalada dependencia un “certificado provisional de servicios médicos para el niño JOAQUÍN DÍAZ QUIJANO(...)”.

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

a. Fotocopia del documento de identidad de Juan Daniel Díaz Valencia, padre del niño por quien se agencia la protección de los derechos, en el que consta que nació el 8 de enero de 1991 (fl. 1 cdno. Tutela).

b. Fotocopia del documento de identidad de Lina Paola Quijano Lizarazo, madre del niño por quien se agencia la protección de los derechos, en el que consta que nació el 13 de agosto de 1993 (fl. 1 cdno. Tutela).

c. Fotocopia auténtica del registro civil de nacimiento de Joaquín Díaz Quijano donde constan como fecha de nacimiento el 21 de agosto de 2008; como NUIP 1.020.755.252; como datos de la madre: Lina Paola Quijano Lizarazo, identificada con la T.I. 930818-07114; y como datos del padre: Juan Daniel Díaz Valencia, identificado con T.I. 910108-04529 (fl. 2 cdno. Tutela).

d. Fotocopia del carnet de servicios de salud de Luis José Quijano Aguilar y Lina Paola Quijano Lizarazo emitido por la Dirección General de Sanidad Militar (fl. 3 cdno. Tutela).

e. Copia de la petición de custodia de su nieto, presentada ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por Luis José Quijano a fin de poderlo afiliarse a la EPS de las Fuerzas Armadas (fl. 4 cdno. Tutela).

f. Declaración de 15 de octubre de 2008 de Luis José Quijano en la que indica que “asumo el 100% de responsabilidad sobre mi nieto JUAQUIN (sic) DÍAZ QUIJANO, como también seguiré haciéndolo con mi hija y madre adolescente LINA PAOLA QUIJANO LIZARAZO como lo he hecho hasta el presente” (fl. 5 cdno. Tutela).

g. Declaración extraproceso de Luis José Quijano Aguilar, rendida en la Notaría Treinta y Una de Bogotá el 15 de octubre de 2008, en la que manifiesta: “me encuentro ejerciendo la patria potestad de mi hija LINA PAOLA QUIJANO AGUILAR LIZARAZO menor de edad..., la cual es madre adolescente del niño JUAQUIN (sic) DÍAZ LIZARAZO menor de edad..., por quienes respondo económicamente en un 100% para generar su buen vivir ya que por ser mi hija menor de edad no labora para ninguna entidad pública ni privada” (fl. 6

cdno. Tutela).

h. Petición presentada por Luis José Quijano Aguilar ante la Dirección General de Sanidad Militar, el 6 de octubre de 2008, en la que solicita “carnet de servicios de salud para el niño JOAQUÍN DÍAZ QUIJANO (nieto de dos meses)”, en razón a que “la madre del niño ([su] hija) es una adolescente de 15 años dependiente de mi 100% en todo, el padre del niño es otro adolescente de 17 años, huérfano de padre y sin recursos económicos de su familia” (fl. 7-8 cdno. Tutela).

i. Respuesta a la solicitud presentada por el gestor del amparo en la que la Dirección General de Sanidad Militar le indica que “no resulta posible resolver favorablemente su petición, con fundamento en motivos netamente de índole legal: 1. El Decreto Ley 1795 del 14 de septiembre de 2000..., [artículo 24], contempla claramente quiénes tienen derecho a ser inscritos como beneficiarios de nuestros afiliados cotizantes, a los cuales el SSMP puede brindar los gastos correspondientes a salud (...)2. De la norma transcrita puede deducirse que los nietos no se encuentran enmarcados dentro de las personas que tienen el derecho a ser beneficiarias de nuestros afiliados cotizantes. 3. De igual manera,(...)la Dirección General de Sanidad Militar al asumir la prestación de servicios a los nietos de nuestros afiliados cotizantes, en tanto no se encuentran contemplados en la normatividad legal vigente, estaría violando la Normatividad Penal, incurriendo en el delito de peculado por uso oficial diferente”. En el escrito se concluyó que “mientras las normas que actualmente rigen al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, continúen vigentes, no resulta posible dar cobertura en salud a los nietos de nuestros afiliados cotizantes” (fl. 9. Cdno. Tutela).

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El 1° de abril de 2009 la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió “NEGAR la acción de tutela entablada por LUIS JOSÉ QUIJANO AGUILAR, actuando en nombre y en representación de su hija menor LINA PAOLA QUIJANO LIZARAZO, progenitora del también menor, JOAQUIN DÍAZ QUIJANO”.

Consideró el juzgador de instancia que “atendiendo los lineamientos jurisprudenciales contenidos en el fallo T-907/04 se concluye que en el caso examinado la acción de tutela no está llamada a tener acogida, por estas razones: 4.1 A la fecha Luis José Quijano

Aguilar no ha obtenido legalmente por parte del ICBF la custodia y cuidado personal del niño Joaquín Díaz Quijano... Por tanto, no se puede determinar que legalmente se le haya impuesto la obligación de garantizarle sus derechos fundamentales, entre ellos, el de la salud,(...)4.2 Existe la manifestación libre y espontánea del abuelo acerca de asumir la manutención económica tanto de sus hija, madre adolescente, como de su nieto, lo que sugiere que éste cuenta con los recursos suficientes para atenderlos en sus necesidades de todo orden (...)4.3 Se ofrece la posibilidad de que en este caso el niño sea inscrito en el régimen subsidiado(...)"

III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Cinco, mediante auto de veintiocho (28) de mayo de dos mil nueve (2009), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso que hizo la Sala de Selección.

2. Consideraciones

Problema Jurídico

En esta oportunidad, la Sala de Revisión debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿La Dirección General de Sanidad Militar vulneró los derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social del niño Joaquín Díaz Quijano al negarse a afiliarlo como beneficiario de su abuelo, Luis José Quijano Aguilar, a pesar de que tanto el niño como la su madre, también menor de edad, dependen económicamente de éste?

Antes de pasar a resolver el problema jurídico expuesto, esta Sala de Revisión analizará la procedencia de esta acción constitucional cuando la solicitud de amparo a favor de un niño es impetrada por su abuelo y persigue el amparo al derecho a la salud de aquél.

Procedencia de la acción de tutela

1. El artículo 86 de la Constitución Política dispone que a fin de proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados toda persona puede “reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos” (Resalta la Sala).

El artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 estableció respecto de la expresión “por quien actúe en su nombre” que “se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.

2. Para el agenciamiento de derechos ajenos, quien actúe a nombre de otra persona tiene el deber de expresar que está obrando en dicha calidad, demostrar que el agenciado está en imposibilidad física o mental de ejercer su propia defensa e identificar plenamente a la persona por quien se intercede, requisitos que son de necesario cumplimiento², como quiera que la primera persona llamada para propender por el amparo de los derechos aparentemente vulnerados es el propio afectado, en ejercicio de su derecho a la autonomía y en desarrollo de su dignidad³.

3. En lo que atañe a la formulación de la acción de tutela a favor de un niño, esta Corporación ha determinado “que cualquier persona, no necesariamente su representante legal, está legitimada para solicitar la protección de los derechos de un niño por vía de tutela⁴, pues se debe tener en cuenta el carácter fundamental de los derechos de los niños y la especial protección que merecen en su condición de debilidad manifiesta⁵”⁶.

La Corte también ha considerado que los artículos 42 y 44 de la Constitución⁷ imponen objetivamente “la necesidad de defensa [del niño], sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve⁸”⁹. De este modo, cualquier persona puede ejercer una solicitud de amparo a nombre de un niño al que se le amenaza o vulnera un derecho fundamental¹⁰.

4. Con base en lo expuesto, se concluye que Luis José Quijano Aguilar está legitimado por activa para formular acción de tutela a fin de conseguir el amparo de los derechos

fundamentales de Joaquín Díaz Quijano, como quiera que así lo manifestó en la solicitud de tutela, identificó plenamente al agenciado y justificó su intervención debido a que la madre del niño, su hija, es menor de edad y se encuentra bajo su custodia, de manera que el niño Joaquín Díaz Quijano también está bajo su cuidado y custodia.

6. Así, la tutela es procedente, en virtud de que la persona agenciada es un sujeto de especial protección constitucional -dado su estado de vulnerabilidad-, y sus derechos a la salud y a la vida están amenazados, ya que no cuenta con una afiliación a un sistema de seguridad social que le asegure una atención oportuna ante las enfermedades.

7. A fin de resolver el caso puesto a consideración de esta Sala, se ha de recordar que la amenaza que inspiró esta acción de tutela, se sustenta en la negativa de la Dirección General de Sanidad Militar de afiliar al nieto de un cotizante como beneficiario del sistema de salud de las Fuerzas Militares.

La negativa de la entidad accionada se basó en que el Decreto Ley 1795 de 200012, no considera expresamente a los nietos de los cotizantes como sus beneficiarios. Señala la norma:

“ARTICULO 24. BENEFICIARIOS. Para los afiliados enunciados en el literal a) del artículo 2313, serán beneficiarios los siguientes:

a) El cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado. Para el caso del compañero(a) sólo cuando la unión permanente sea superior a dos (2) años.

b) Los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges o compañero (a) permanente, que hagan parte del núcleo familiar o aquellos menores de 25 que sean estudiantes con dedicación exclusiva y que dependan económicamente del afiliado.

c) Los hijos mayores de 18 años con invalidez absoluta y permanente, que dependan económicamente del afiliado y cuyo diagnóstico se haya establecido dentro del límite de edad de cobertura.

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado, no pensionados que

dependan económicamente de él.

PARAGRAFO 1o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>

PARAGRAFO 2o. Los afiliados no sujetos al régimen de cotización no tendrán beneficiarios respecto de los servicios de salud.

PARAGRAFO 3o. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible>¹⁴ Los padres del personal activo de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que hayan ingresado al servicio con anterioridad a la expedición de los decretos 1211 del 8 de junio de 1990 y 096 del 11 de enero de 1989 respectivamente, tendrán el carácter de beneficiarios, siempre y cuando dependan económicamente del Oficial o Suboficial.

PARAGRAFO 4o. No se admitirá como beneficiarios del SSMP a los cotizantes de cualquier otro régimen de salud”.

8. A fin de resolver si en este caso se ha vulnerado el derecho a la salud y a la seguridad social de Joaquín Díaz Quijano, esta Sala reiterará que la salud y la seguridad social son derechos fundamentales de los niños, y que la garantía de estos derechos implica la afiliación de éstos a un régimen de seguridad social que asegure las contingencias en salud propias de su estado de vulnerabilidad.

Derecho a la salud y a la seguridad social del niño

9. La Constitución Política se refiere al derecho a la salud en distintos artículos. Se encuentra catalogado así como un derecho fundamental de los niños (artículo 44), una garantía por parte del Estado para el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de todas las personas (artículo 49), un valor que se debe proteger respecto de toda persona conforme con el principio de solidaridad social (artículo 95) y un objetivo fundamental a ser satisfecho por el Estado en aras de la consecución del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (artículo 366).

10. El derecho a la salud ha sido definido por esta Corporación como la facultad de “mantener la normalidad orgánica y funcional tanto física como en el

plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación”¹⁵ (Resalta la Sala).

La Corte ha indicado que su carácter de derecho fundamental, susceptible de ser amparado mediante acción de tutela ante su amenaza o vulneración, radica en:

a) Su valor autónomo, al ser atribuible a todo ser humano -“todas las personas”-“los habitantes” (artículo 49 C.P.)-, por su misma condición, esto es, que “el ser humano lleva ínsita la facultad de estar bien,... bienestar... caracterizado por el Estado por medio de una serie de atributos -denominado carta de derechos, entre éstos el de la salud-, que deben ser satisfechos para de este modo cumplir el objetivo estatal¹⁶”¹⁷; y

b) Su relación de conexidad con otros derechos de importancia fundamental para el desarrollo del ser humano¹⁸, ya que la salud se constituye en un presupuesto indispensable para la realización de diversas funciones y actividades y su afectación repercute en el rango de oportunidades para la escogencia y el posterior cumplimiento de un estilo de vida, esto es, satisfecho este derecho, se garantiza el amparo de derechos esenciales como la vida, la integridad, la dignidad personal y la libertad.

11. Así, el derecho a la salud es por sí mismo un derecho fundamental en cabeza de toda persona, que ha de ser amparado ante su amenaza o vulneración. Carácter fundamental que se hace más riguroso cuando se trata del derecho a la salud de un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de los niños, cuya situación de vulnerabilidad exige un cuidado singular, impone la primacía de sus derechos sobre los de los demás y obliga a la familia, la sociedad y al Estado a “asistir[los] y proteger[los] para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos” (artículo 44 C.P.).

12. La obligación de satisfacer el derecho a la salud de todos los habitantes radica primordialmente en el Estado como garante de los derechos del individuo¹⁹. Y en consecuencia, en él también recae la obligación de dirigir, coordinar y controlar la ejecución del servicio público obligatorio de seguridad social, que incluye la prestación del servicio de salud (artículo 48 C.P.), bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

13. Los principios de universalidad y solidaridad que gobiernan el sistema de seguridad social (artículo 2° Ley 100 de 1993) buscan la protección en salud para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida, mediante la mutua ayuda entre ellas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades.

Dichos principios permiten, a su vez, desarrollar el postulado de obligatoriedad que gobierna el servicio público de salud y que hace referencia a que “[l]a afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia...” (Artículo 153 numeral 2 de la ley 100 de 1993); en otros términos, “[t]odos 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” (literal b. artículo 156 Ley 100 de 1993) (Resalta la Sala).

14. Con base en lo precedentemente expuesto, esta Sala concluye que el derecho a la salud del niño agenciado está en riesgo, al no poseer un sistema de seguridad social que cubra las contingencias propias de su estado de debilidad. Este hecho es reprochable a la luz de la Constitución, más aún cuando el Estado y las instituciones de que se vale para garantizar el derecho a la seguridad social tienen la obligación de afiliar a todos los habitantes, y ésta no ha sido satisfecha.

Obligación de afiliar al nieto dependiente del cotizante al Sistema de Salud en el cual éste esté inscrito

15. Partiendo de que los derechos del niño a la salud y a la seguridad social son fundamentales y con base en el supuesto de hecho que inspira esta acción constitucional, esta Sala se cuestiona en torno a la obligación del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares de afiliar al niño, nieto del cotizante, cuando la madre del niño depende, igualmente, del mismo cotizante.

16. En primer lugar, se ha de señalar que la ley no permite la inclusión al nieto del cotizante como su beneficiario en el sistema de seguridad social en salud, general o especial en el que se encuentre afiliado, y que la custodia no significa una relación paterno filial²⁰, como sí acontece en el evento de la adopción, que implique la

consideración del custodiado como hijo del custodio y por ende su inclusión en esa calidad como beneficiario en el sistema de seguridad social en salud, general o especial.

16.1 En este sentido, esta Sala se aparta de la sentencia de tutela T-907-0421, debido a que en ésta se ordenó la afiliación al sistema de salud de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional de un niño como beneficiario de su abuela cotizante, con base en que “durante toda la vida” el niño había estado bajo su cuidado, y ésta tenía la obligación, según acta del ICBF, de velar por la satisfacción de los derechos fundamentales del niño, esto es tenía la custodia del menor.

Se consideró en esta sentencia que la abuela ejercía el rol materno respecto del niño y por ende, haciendo una interpretación conforme a la Constitución, del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000, concluyó que se debía afiliar al niño como beneficiario directo de ésta.

16.2 Y esta separación de la sentencia de tutela T-907 -04 se sustenta en que, siguiendo a la sentencia de tutela T-939-0122, la custodia y cuidado personal del menor no implica la adopción del mismo, pues “las decisiones de custodia y cuidado personal no significan la pérdida de la patria potestad ni del vínculo familiar de sangre;[ni] tampoco eximen a los padres biológicos de sus obligaciones como tales”.

De allí que la nieta de una cotizante no pueda ser considerada, por el hecho de tener su custodia, como hija adoptiva de ésta, a efectos de ser incluida como beneficiaria dentro del Sistema General de Seguridad Social.

17. Ahora bien, definido que el nieto del cotizante no puede ser afiliado como beneficiario de éste, esta Sala a continuación hará un recuento de las sentencias de tutela que han estudiado casos similares al objeto de esta acción en el sistema general de seguridad social en salud y en el sistema de salud especial del Magisterio y el de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional.

18. En el sistema general de seguridad social en salud, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 no dispone como beneficiario en la cobertura familiar del cotizante al nieto de éste, así dependa de él.

Señala el mencionado artículo como beneficiarios del cotizante “al (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste”.

18.1 No obstante, el Sistema General de Seguridad Social en Salud establece mediante el artículo 40 del Decreto 806 de 1998²⁴, una solución a fin de satisfacer el derecho a la seguridad social del nieto que depende del cotizante.

La norma mencionada dispone que “[c]uando un afiliado cotizante tenga otras personas diferentes a las establecidas anteriormente²⁵, que dependan económicamente de él y que sean menores de 12 años o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, podrán incluirlos en el grupo familiar, siempre y cuando pague un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente según la edad y el género de la persona adicional inscrita en el grupo familiar, establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En todo caso el afiliado cotizante deberá garantizar como mínimo un año de afiliación del miembro dependiente y en consecuencia la cancelación de la UPC correspondiente. Este afiliado se denominará cotizante dependiente y tiene derecho a los mismos servicios que los beneficiarios. PARAGRAFO. La afiliación o desafiliación de estos miembros deberá ser registrada por el afiliado cotizante mediante el diligenciamiento del formulario de novedades” (Resalta la Sala).

18.2 En las sentencias de tutela T-1093-07 y T-1035-06 esta Corte analizó sendos casos en los que se pretendía la afiliación de un niño como beneficiario de su abuela -de quien dependía económicamente- al sistema general de seguridad social en salud, y cuya madre era también beneficiaria de esa misma cotizante.

En esa oportunidad señaló esta Corporación que el niño dependiente de la abuela posee tres alternativas de ingreso al sistema general de seguridad social: “(i) como miembro

dependiente de su abuelo o abuela, cuando la familia del niño cuente con capacidad económica para asumir el costo de la UPC adicional regulada por el art. 40 del Decreto 806 de 1998²⁶,(ii) como beneficiario de su mamá, cuando esta pueda acceder al Sistema como afiliada principal,[o](iii) como afiliado en el régimen subsidiado una vez sus padres ingresen al mismo” (Resalta la Sala).

Respecto de las alternativas expuestas consideró esta Corte que la madre del niño no podía acceder al sistema como afiliada principal en el régimen contributivo, ya que ésta no poseía capacidad económica para cotizar, condición necesaria para su acceso; y respecto a su afiliación en el régimen subsidiado consideró que esta opción “... resulta poco apropiada por cuanto, [la madre] 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”²⁷. Por lo tanto, decidió que la alternativa más idónea era afiliar al niño como cotizante dependiente de su abuela a fin de procurar el amparo de los derechos a la salud y a la seguridad social de aquél.

19. De esta manera, si el actor estuviera afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud la figura de cotizante dependiente constituía la opción para que su nieto ingresara al sistema general de seguridad social, mediante el pago de una unidad de pago por capitación, debido a que la madre del niño, también menor de edad, depende económicamente del cotizante, circunstancia que le impide acceder como afiliada principal al régimen contributivo o subsidiado.

Sin embargo, dado que el actor no se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, sino al sistema especial de las Fuerzas Militares, el cual no cuenta con la figura del cotizante dependiente, pasa la Corte a observar cómo ha resuelto esta Corporación casos en los que se han presentado situaciones similares.

20. En el sistema general de seguridad social del Magisterio su regulación no dispone como beneficiario en la cobertura familiar del cotizante al nieto de éste, así dependa de él.

20.1 A diferencia del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el régimen especial de salud del magisterio no posee una figura de cotizantes

dependientes que permita afiliar al nieto dependiente del cotizante.

20.2 En la sentencia de tutela T-015-06 la Corte resolvió distintas acciones de tutela instauradas por padres de docentes. Ellos alegaban que en el pasado habían podido ser afiliados por sus hijos como beneficiarios, pero que a través de una modificación de los reglamentos se había dispuesto que los docentes casados o con hijos no podían inscribir como beneficiarios a sus padres.

Se consideró, grosso modo, en esta sentencia 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”.

Y ello es así, porque a) “no tiene sentido pedirle a estas madres que acudan a una EPS para solicitar ser afiliadas como cotizantes independientes, cuando para todos es claro que ellas son sostenidas económicamente por sus hijos docentes. Con ello se está imponiendo a todos los que deben participar en ese proceso de afiliación, que representen un papel contraevidente, por ser distante de la realidad” y b) “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”.

Similar supuesto de hecho al descrito, fue evaluado igualmente por esta Corporación en sentencias de tutela T-153-06, T-594-06 y T-1028-06. De éstas se ha de resaltar el rechazo no sólo a la alternativa de que los padres fueran inscritos como cotizantes independientes, sino también a la posibilidad de ser afiliados en el régimen subsidiado, debido a que, a pesar de no contar con ingresos propios, “dependen económicamente de sus hijos docentes y en esa medida tienen a alguien que vele por sus

necesidades vitales”.

Concluyéndose de esta forma que la alternativa que garantiza los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de las personas de la tercera edad en el supuesto de hecho anteriormente descrito, es la permisión de su afiliación como beneficiarios de su hijo docente con cónyuge e hijos, mediante el uso de la figura de cotizantes dependientes.

20.3 En la sentencia de tutela T-613 de 2007 la Corte analizó la solicitud de amparo elevada por una docente que pretendía la protección del derecho a la salud de su nieta, que consideraba vulnerado, por causa de la respuesta negativa a su solicitud de afiliarla al sistema de seguridad social del magisterio en el que la docente estaba afiliada.

La negativa de la entidad accionada se sustentó, al igual que en el régimen de salud de las Fuerzas Militares, en el hecho de que legalmente los nietos de los docentes no poseen la calidad de beneficiarios.

La Corte, tomando en consideración los argumentos aducidos en la sentencia de tutela T-015-06, señaló que:

- a. La niña no podía afiliarse al régimen contributivo como cotizante, por no disponer de capacidad económica.
- b. La niña no podía ser beneficiaria de otro familiar, debido a que su madre estaba desempleada.
- c. La niña no se encuentra en una condición de pobreza que le permita acceder al régimen subsidiado, ya que su cuidado está a cargo de la abuela, de tal modo que tampoco tiene la posibilidad de recibir los subsidios y atenciones médicas que brinda este sistema.
- d. La niña es un sujeto de especial protección constitucional y, en razón a su estado de debilidad manifiesta, requiere de una atención especial.

Por lo tanto, la Corte determinó que la alternativa evidente para lograr el amparo de los derechos fundamentales de la niña a la salud y la seguridad social, era su afiliación al sistema de seguridad social del magisterio, mediante la aplicación analógica de la figura de los cotizantes dependientes prevista en el sistema general (artículo 40 Decreto 806 de 1998).

La Corte fijó que no era aplicable la figura de beneficiario, como pretendía la actora, como quiera que dicha categoría se aplica a la hija respecto de la madre y en ese caso se trataba de la nieta respecto de la abuela, en donde ésta cumple un rol de sostenimiento económico, que fue el fundamento del otorgamiento de su custodia.

De este modo, en aras de superar el impedimento de acceso al sistema de seguridad social en salud de la niña, la Corte dispuso la adopción de medidas necesarias para que la niña “pueda acceder a los servicios médicos que requiera, y para que sea efectivamente afiliada al Subsistema de Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en calidad de cotizante dependiente de la accionante”.

21. La figura de los cotizantes dependientes, originaria del sistema general de seguridad social en salud y acogida posteriormente por el régimen especial del magisterio, fue avalada en la sentencia de tutela T-456-07 en lo que respecta al régimen de seguridad social en salud de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional.

En esa solicitud de amparo, los accionantes -padres de la cotizante- estaban en un tratamiento médico que fue interrumpido a causa de su desafiliación como beneficiarios de su hija, debido a la afiliación del hijo de ésta²⁸.

Esta Corte siguió las consideraciones de la sentencia de tutela T-015-06 y argumentó que el régimen de excepción, “que se supone es más favorable para sus afiliados²⁹”, no brindaba en estos casos una solución acorde a los principios de universalidad, progresividad, continuidad y solidaridad, como si acontecía con el régimen general, mediante la figura de los cotizantes dependientes o afiliados adicionales.

La Corte observó que los padres de la actora no podían recurrir al sistema general de seguridad social en salud como cotizantes independientes, como quiera que no contaban con recursos propios para su subsistencia, debido a que dependían

económicamente de su hija. Bajo este mismo postulado de dependencia, determinó esta Corte que tampoco era posible su afiliación al régimen subsidiado, ya que éste se extiende a las personas sin ninguna capacidad de pago y sin un núcleo familiar que pueda vincularlas al sistema de seguridad social, aspecto que igualmente no acontecía en ese caso.

Con base en las consideraciones anteriores, esta Corte determinó que el vacío normativo del sistema de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional no es “trasladable a los padres sin capacidad económica que enfrentan enfermedades catastróficas que ponen en grave riesgo su salud y su vida”, ya que “ello atentaría contra las exigencias mínimas de solidaridad y responsabilidad que frente a las personas de la tercera edad corresponde al Estado, la sociedad y la familia”. Por ello decidió conceder el amparo y ordenó a la entidad accionada el restablecimiento de la prestación del servicio médico asistencial a los accionantes, como beneficiarios de la cotizante a este régimen, en las mismas condiciones en que se venía prestando antes de su suspensión y garantizando la continuidad de los trámites médicos que se hubieren suspendido.

22. Como se observa, la Corte ha establecido en distintos casos que las personas que no se encuentran legalmente entre los beneficiarios del cotizante, pero que efectivamente dependen de él pueden ser afiliados al régimen de seguridad social en salud en el que el cotizante esté adscrito, mediante la figura de cotizante dependiente. Ello, por cuanto la relación de dependencia que ostentan les impide ser cotizantes en el régimen contributivo o estar afiliados al régimen subsidiado.

Esta obligación de las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud es aún más imperiosa cuando se pretende la afiliación de un sujeto de especial protección constitucional, en este caso, de un niño, y con ocasión del ejercicio del deber de solidaridad que rige no sólo el sistema de salud sino también las relaciones familiares.

23. Ahora bien, en este caso el agenciado, al igual que su madre, también menor de edad, se encuentran en una relación de dependencia económica respecto de su abuelo y padre, respectivamente. Lo que permite concluir que, como en los casos descritos, no pueden afiliarse al régimen contributivo o subsidiado, debido a que al depender económicamente

de otra persona no poseen capacidad de pago para afiliarse al régimen contributivo y no están en una situación de pobreza o abandono que les permita acceder al régimen subsidiado.

24. Dado que el actor tiene la custodia de la madre del niño agenciado, él asumió también la custodia de su nieto³⁰. Lo que le implica, igualmente, asumir la cotización correspondiente para inscribirlo a un régimen de salud. Como quiera que no es posible afiliarlo al sistema general de seguridad social, régimen subsidiado o contributivo, entonces la alternativa ofrecida es la figura de los cotizantes dependientes cuya inexistencia en el régimen de salud de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, no puede ser una carga que deba soportar el niño, sujeto de especial protección, y al que se le amenaza su derecho a la salud y a la seguridad social.

25. Empero, se ha de advertir que la definición formal de la custodia de un niño no es una decisión definitiva, pues está sujeta a los cambios de las circunstancias que fundamentaron dicha atribución, siempre en aras de conseguir el bienestar del menor.

En ese sentido, las circunstancias que fundamentan la custodia del accionante respecto del niño Joaquín Díaz Quijano, se sustenta en el hecho de que la madre del niño, Lina Paola Quijano Lizarazo, es una persona menor de edad, hija del accionante, y quien depende económicamente de éste. Esto es, la madre del niño, primera obligada en velar por la integridad de éste, está en una situación de dependencia económica que es suplida por su padre, quien a su vez, asumió la obligación de cuidado de su nieto.

Empero, en el evento en que esta circunstancia de dependencia del niño respecto de su abuelo cambie, la custodia estaría asimismo sujeta a variación y por ende su afiliación al sistema de salud de las Fuerzas Militares.

De esta forma y debido a que por regla general, la obligación de cuidado del niño radica en cabeza de sus padres biológicos, el cumplimiento de las obligaciones de cuidado por parte del abuelo del niño irían hasta cuando éstos tengan la posibilidad de cotizar al régimen contributivo, esto es, de poseer capacidad de pago y así poder asumir la obligación de afiliar a su hijo a este sistema de salud como su beneficiario; o hasta cuando se determine su afiliación al régimen subsidiado.

Con respecto a la afiliación de los padres del niño al régimen subsidiado, esta Sala reitera que, en este momento, no se satisfacen los presupuestos para acceder a dicha alternativa, como quiera que éstos no se encuentran en extrema pobreza, sino que dependen económicamente de sus respectivos padres.

En lo que atañe a la situación del padre del niño, de las pruebas allegadas al expediente, se deriva que en el curso de esta anualidad adquirió mayoría de edad. Empero dicha circunstancia no es una condición necesaria para derivar una independencia económica respecto de su núcleo familiar, del que, según el accionante³¹, no cuenta con recursos económicos.

26. Por lo expuesto, esta Sala de Revisión revocará la sentencia de tutela emitida el 1º de abril de 2009 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social de Joaquín Díaz Quijano y, en su lugar, concederá el amparo de las garantías fundamentales transgredidas.

En consecuencia se ordenará a la entidad accionada la afiliación del niño al sistema de salud de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional. Situación que sólo podrá variar hasta cuando sean definidas por el órgano competente las condiciones para que una persona que depende económicamente del afiliado cotizante, pueda acceder a estos servicios de salud, esto es, hasta la regulación de la figura de cotizantes dependientes o hasta cuando Lina Paola Quijano Lizarazo o Juan Daniel Díaz Valencia, padres niño, modifiquen su calidad de beneficiarios al sistema de seguridad social por la de afiliados al sistema general de seguridad social en salud, régimen contributivo o subsidiado, o alguno esté afiliado en calidad de cotizante a algún sistema excepcional avalado por la Ley 100 de 1993.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia de tutela emitida el 1º de abril de 2009 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social de Joaquín Díaz Quijano y en su lugar, CONCEDER el amparo de las garantías fundamentales transgredidas.

Segundo: En consecuencia, ORDENAR a la Dirección General de Sanidad Militar que en el perentorio término de cuarenta y ocho horas (48) contado a partir de la notificación de esta providencia, afilie al niño Joaquín Díaz Quijano al sistema de salud de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional.

Las condiciones de afiliación del niño solo podrán variar cuando sean definidas por el órgano competente las condiciones para que una persona que depende económicamente del afiliado cotizante, pueda acceder a estos servicios de salud, esto es, hasta la regulación de los cotizantes dependientes, o cuando Lina Paola Quijano Lizarazo o Juan Daniel Díaz Valencia, padres del niño, modifiquen su calidad de beneficiarios del sistema de seguridad social por la de afiliados al sistema general de seguridad social en salud, régimen contributivo o subsidiado, o alguno esté afiliado en calidad de cotizante a algún sistema excepcional avalado por la Ley 100 de 1993.

Tercero: DAR por secretaría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado Ponente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

2Consultar entre otras, las sentencias de tutela T-458-92, T- 023-95, T-555-96, T-503-98, T-503-03, T-947-06, T-092-07, T-1093-07, T-561-08.

3T-947-06

4Ver entre otras las Sentencias T- 1035 de 2006, T- 551 de 2005, T-950 de 2006, T- 041 de 2006.

5Por ejemplo, en la sentencia T-551 de 2005 se aceptó que “[a]unque la demandante no tiene la representación legal de los niños, puesto que ninguna autoridad judicial le ha dado la custodia de los niños a sus abuelos, es claro que la misma está legitimada por el artículo 44 constitucional para solicitar la protección alegada”

6 T-613-07.

7El inciso 2° del artículo 42 de la Constitución Política dispone que “[e]l Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia” y el inciso 2° del artículo 44 de la Constitución Política dispone que “[l]a familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”.

8Auto 006 de 1996.

9T-1093-07, en igual sentido la sentencia de tutela T-1199-05, T-950-05 que a su vez cita a las sentencia de tutela T-143-99, T-408-95, T-407-02 y T-727-04, entre muchas otras.

10Sentencias T-462 de 1993, T-605 de 2005 y T-165 de 2006.

11Ibídem.

12“Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerza Militares y de la Policía Nacional”.

13El artículo 23 dispone que los afiliados sometidos al régimen de cotización, son: “ a) 1. Los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, 2. Los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o de pensión....”.

14 Mediante sentencia de constitucionalidad C- 671-02 esta Corporación resolvió “[d]eclarar EXEQUIBLE la expresión demandada ‘activo’ del parágrafo 3 del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000, en el entendido de que, de conformidad con lo señalado en el fundamento 13 de esta sentencia, pueden continuar siendo beneficiarios del SSMP, los padres del oficial o suboficial que haya dejado de ser miembro activo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, y haya pasado a ser pensionado, siempre y cuando estos oficiales 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, y sus padres demuestren que no tienen la posibilidad de ser beneficiarios de ningún otro sistema de seguridad social en salud”.

15 Ver entre otras sentencia de tutela T-597-03, T-1218-04, T-361-07.

17 T-820-08.

18 T-412-08, T-572-08, T-561-08, T-820-08.

19Artículo 2° de la Constitución Política

20 Artículo 64 de la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y la Adolescencia-

ARTÍCULO 64. EFECTOS JURÍDICOS DE LA ADOPCIÓN. La adopción produce los siguientes efectos:

1. Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o

madre e hijo.

2. La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos.

3. El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea niño de tres (3) años, o consienta en ello, o el Juez encontrare justificadas las razones de su cambio.

4. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9o del artículo 140 del Código Civil.

5. Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia.

21 En esta sentencia esta Corporación adicionalmente señaló que: a) el niño no podía ser afiliado al régimen general de seguridad social en salud, debido a que forma parte de un núcleo familiar definido en el cual su cuidadora hace parte del régimen especial de las Fuerzas Militares,

b) esperar a que sus progenitores asuman los deberes propios de su condición, resulta así mismo irrazonable, como quiera que ello no ha ocurrido durante toda la vida del niño,

c) dejar a un niño sin cobertura de salud es una decisión lesiva a este derecho fundamental de un sujeto de especial protección constitucional

22 El supuesto de hecho base de esta sentencia de tutela se centra en que según la accionante, quien actúa en representación de su nieta, fue vulnerado el derecho fundamental a la salud de ésta, debido a que el Seguro Social la desafilió como su beneficiaria hasta tanto obre prueba de que la menor está bajo su custodia.

Esta Corporación considerando que i) el derecho a la salud y a la seguridad social son derechos fundamentales del niño, ii) que la custodia y cuidado personal del menor no implica la adopción del mismo y que por ende la agenciada no puede ser considerada

como hija adoptiva de la accionante a efectos de ser beneficiaria en el sistema general de seguridad social y que iii) como alternativas para el amparo del derecho a la salud está la vinculación de la menor al régimen subsidiado, circunstancia que implica el análisis de la obligación de la familia y la evaluación de las necesidades reales en que se encuentra, dispuso ordenar a la secretaría distrital de salud de Bogotá realizar la encuesta sisben a la menor a efectos de determinar si ha de ser beneficiaria del régimen subsidiado. En esta decisión hubo un magistrado que se apartó, al considerar que en el supuesto no se dan los requisitos para que sea aplicada la encuesta sisben, debido a que se encuentra bajo el cuidado de su abuela, esto es, la agenciada no está desamparada y que por ende se había de aplicar la alternativa que la propia ley ofrece cual es “pertenecer al Régimen Contributivo de Unidad de pago por Capitalización, dado que la accionante cotiza a dicho régimen...”.

23 Disposición que regula el Sistema General de Seguridad Social Integral.

24 Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

25 Esta norma se refiere al artículo 34 del Decreto 806 de 1998:

“ARTICULO 34. COBERTURA FAMILIAR. El grupo familiar del afiliado cotizante o subsidiado, estará constituido por:

- a) El cónyuge;
- b) A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente, siempre y cuando la unión sea superior a dos años;
- c) Los hijos menores de dieciocho (18) años que dependen económicamente del afiliado;
- d) Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado;
- e) Los hijos entre los dieciocho (18) y los veinticinco (25) años, cuando sean estudiantes de tiempo completo, tal como lo establece el Decreto 1889 de 1994 y dependan

económicamente del afiliado;

f) Los hijos del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales c) y d) del presente artículo;

g) A falta de cónyuge o de compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de éste.

PARAGRAFO. Se entiende que existe dependencia económica cuando una persona recibe de otra los medios necesarios para su congrua subsistencia”.

26Ver sentencias T-1199-05, T-953-03, T-544-02, T-134-02.

27T-1093-07.

28 El Decreto 1795 de 2000:

“ARTICULO 24. BENEFICIARIOS. Para los afiliados enunciados en el literal a) del artículo 23, serán beneficiarios los siguientes:

(...)

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 (Resalta la Sala).

29“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-594-06).

30 Fl.5 y 6 cdno. de tutela.

31 Fl.7 cdno. Tutela.