

T-632-13

Sentencia T-632/13

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Protección constitucional reforzada en el ámbito interno y en el ámbito internacional

La Corte ha reconocido en infinidad de oportunidades que el derecho a la salud, por tratarse de un derecho fundamental y autónomo, es susceptible de protección por vía de tutela, lo cual ha sido reconocido por este Tribunal en una evolución jurisprudencial basada en la observancia de la doctrina y de los instrumentos internacionales sobre la materia. Acerca de su carácter de fundamental, ha enfatizado que dada esa misma naturaleza, puede ser amparado a través de la acción de tutela cuando exista vulneración, amenaza o riesgo de afectación del mismo.

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Cualquier persona puede exigir el cumplimiento de los derechos de los niños

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Abuela en representación de menor

REGIMEN ESPECIAL DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES Y POLICIA NACIONAL- Procedencia excepcional de tutela para inclusión de nieta menor de edad en situación de discapacidad

La jurisprudencia de esta Corte ha aceptado en varias oportunidades la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener la inclusión en el Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. A este respecto, la Sala debe recordar que la amenaza o vulneración que dio lugar a la interposición de esta acción de tutela, tuvo su origen en la negativa por parte de la Dirección General de Sanidad Militar de afiliar a la nieta de una afiliada en el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares. La negativa de la entidad accionada se basó en que el Decreto Ley 1795 de 2000 no considera expresamente a los nietos de los cotizantes, ni de los beneficiarios, como beneficiarios del sistema.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia de esta Corporación ha recabado en que los derechos de los niños y niñas son derechos prevalentes, prioritarios, ya que el propio artículo 44 CP, consagra la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas sobre los de los demás. Este artículo establece de forma expresa la fundamentalidad de la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Instrumentos internacionales de protección

La protección especial de los niños y las niñas en materia de salud, ha sido reconocida en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad al tenor del artículo 93 de la Carta de 1991. La Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas son sujetos de especial protección, explicando que su condición de debilidad no es una razón para restringir la capacidad de ejercer sus derechos, especialmente en este caso el derecho a la salud, sino para protegerlos, de forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses.

DERECHO A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Fundamental autónomo

La salud y la seguridad social de los menores tienen el carácter de derecho de fundamental, autónomo y prevalente, y por tanto, gozan de especial protección constitucional. Este especial amparo se ve reforzado en tratándose de niños o niñas que padecen una discapacidad.

REGIMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Deber de interpretación conforme a la Constitución

SUBSISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES Y DE LA POLICIA NACIONAL-Protección a personas en condición de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta a causa de su condición de edad, discapacidad física o mental

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE NIETO DE PENSIONADA DE LAS FUERZAS MILITARES-

Reglas jurisprudenciales para la afiliación de nietos o nietas dependientes del abuelo o abuela

La jurisprudencia constitucional ha considerado que el Servicio de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (SSMP) viola el derecho a la salud de una persona que merece una protección constitucional reforzada, cuando no se le afilia o se le excluye del Sistema y se le niega el acceso a los servicios que requiere. En el caso de las personas que tienen derecho a una protección constitucional reforzada, como en el caso de los menores de edad, que adicionalmente se encuentran en estado de discapacidad, la jurisprudencia ha tutelado el derecho de las personas a afiliarse al régimen, incluso en aquellos casos de vacíos normativos. Así, en el caso específico de niños, la Corte Constitucional ha decidido que la Dirección General de Sanidad Militar viola el derecho fundamental a la salud de un niño o una niña al negarse a afiliarla como beneficiaria de su abuelo o abuela, por lo menos en dos circunstancias: (i) cuando dependa de éste; o (ii) cuando el menor y su madre, también menor de edad, dependen económicamente de éste.

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden a Dirección de Sanidad Militar afiliar a nieta en calidad de cotizante dependiente de abuela sin exigir pagos, los cuales serán asumidos por el Fosyga

Referencia: expediente T-3899379

Acción de tutela instaurada por Ana Cecilia Duarte Huertas, contra La Dirección de Sanidad del Ministerio de Defensa Nacional.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., doce (12) de septiembre de dos mil trece (2013)

La Sala de Selección Número Nueve de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Mauricio Gonzalez Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido por El Consejo Seccional de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria de Bogotá, que resolvió la acción de tutela instaurada por Ana Cecilia Duarte Huertas, contra La Dirección de Sanidad del Ministerio de Defensa Nacional.

La presente acción de tutela fue seleccionada para revisión por la Sala de Selección número cinco, mediante Auto del 28 de mayo 2013 y repartida a la Sala Novena de Revisión de esta Corporación para su decisión.

I. ANTECEDENTES

1. De los hechos de la demanda

El 28 de noviembre de 2012 se recibió escrito en el cual la señora Ana Cecilia Duarte Huertas, quien actúa a nombre propio y de su nieta Lizeth Natalia Cautiva Rivera, interpuso acción de tutela contra la Dirección de Sanidad del Ministerio de Defensa Nacional, por la supuesta vulneración de los derechos fundamentales de su nieta, especialmente el derecho a la seguridad social y la salud, en conexidad con el derecho a la vida, los cuales considera que están siendo vulnerados por la entidad accionada basándose en los siguientes hechos:

1.1 Manifiesta que recibe pensión de sobreviviente por parte del Ministerio de Defensa desde el fallecimiento de su esposo el 30 de marzo de 1991, y que desde que fue reconocida dicha pensión ha recibido la atención médica por parte de la CELAF. El 28 de agosto de 1994 nació su hija Jenny Andrea Cautiva Duarte, quien desde septiembre de 2012 recibe también los servicios médicos por parte del Ministerio antes mencionado en calidad de afiliada.

1.2 Señala que su hija, con 18 años recién cumplidos, estudia en el SENA una carrera técnica, que cuando tenía 16 años quedó en embarazo, durante el cual tuvo graves complicaciones, por lo que requirió atención médica especial y culminó con el nacimiento de su nieta el 14 de mayo de 2011. Afirma que la infante desde su nacimiento ha tenido graves problemas de salud como: Síndrome de Down, problemas respiratorios durante varios

meses desde su nacimiento, padece un DAP de acuerdo con un ecocardiograma que se le practicó, displasia de cadera, dificultades auditivas, cataratas en ambos ojos las cuales han sido operadas, y sus ojos presentan desviación, por lo que le recetaron gafas de por vida.

1.3 Indica que su hija se encontraba afiliada al Seguro Social como beneficiaria de su padre, pero al nacer la menor Lizeth Natalia se le exigió que se afiliara como cotizante para que se le pudieran prestar los servicios que la niña necesitaba. Menciona que al no tener el dinero suficiente para pagar las cotizaciones, su hija se tuvo que desafiliar del Seguro Social, por lo que la accionante se hizo cargo tanto de su hija como de su nieta. Así mismo, afirma que su nieta está sin los servicios médicos especializados que necesita por su condición de salud y que por su situación económica no pueden afiliarla a una EPS.

1.4 Informa que se acercó al CENAF (Centro Nacional de Afiliaciones) del Ministerio de Defensa solicitando que se le permitiera afiliarse como beneficiaria a su nieta para que le prestaran los servicios médicos que con urgencia necesita. Además el 17 de septiembre de 2012 presentó un derecho de petición ante la Dirección General de Sanidad Militar de la entidad mencionada solicitando su afiliación como beneficiaria de la actora. Afirma que la respuesta recibida en el oficio No. 327973 del 21 de septiembre de 2012 fue negativa, señalando que no pueden asumir la prestación de servicios médicos a los nietos de los afiliados, porque no se encuentran en condición de beneficiarios de dicha entidad.

1.5 Manifiesta que la situación en la que se encuentra su nieta es apremiante por cuanto su estado de salud es precario y necesita que le presten los servicios de salud adecuados para su condición de salud, con el fin de que pueda llevar una vida digna, a pesar de las enfermedades que la aquejan, y sostiene que la negativa de la entidad accionada a afiliarla como su beneficiaria pone en riesgo la salud y la vida de su nieta Lizeth Natalia.

Solicita, por los hechos narrados, que se protejan los derechos fundamentales de su nieta por las difíciles circunstancias de salud que presenta la menor desde su nacimiento.

2. Respuesta de la entidad accionada

La Dirección General de Sanidad Militar, mediante escrito del 7 de diciembre de 2012, dio respuesta a la demanda de tutela instaurada de la siguiente manera:

2.1 Aduce que el Decreto Ley 1795 de 2000 “Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”, en su artículo 24 señala claramente quiénes son los beneficiarios de los afiliados cotizantes del Subsistema de salud de las fuerzas armadas: “ARTICULO 24. BENEFICIARIOS. Para los afiliados enunciados en el literal a) del artículo 23, serán beneficiarios los siguientes:

a) El cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado. 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.

2.2 Señala que en la norma no se cobija como beneficiado a los nietos de los cotizantes y que si se hiciera, como lo solicita la accionante, se estaría incurriendo en el delito de peculado por uso oficial diferente, si se afiliara a personas que no se encuentran amparadas en la norma vigente que define la cobertura.

2.3 Manifiesta que el régimen de excepción del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares no contempla la afiliación de los nietos como cotizantes dependientes, posibilidad que sí está contemplada y reglamentada en el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Así mismo, afirma que es el padre de la niña, en principio, quien debe garantizar la prestación del servicio de salud de la menor, por lo cual sería necesario verificar si el Señor Rivera, padre de la niña, se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud por cuanto sobre él recaería la obligación de amparo de su hija.

Finalmente solicita que se declare improcedente la acción de tutela a la cual han dado respuesta.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1. Fallo de Primera Instancia

El Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá D.C. Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en sentencia del 12 de diciembre de 2012, resolvió “Negar la acción de tutela presentada por la señora Ana Cecilia Duarte Huertas, contra el Ministerio de Defensa Nacional -Dirección de Sanidad -, en cabeza de su titular, o de quien haga sus veces,...”, fundando su decisión en las siguientes consideraciones:

i. Señala que la autoridad accionada, basándose en el art. 24 del Decreto Ley 1795 de 2000, negó la pretensión de la señora Duarte, por cuanto en la mencionada norma no se contempla la posibilidad de afiliar nietos como beneficiarios, fundamentando su decisión en una disposición legal vigente.

ii. Indica que los padres de la menor de edad son los obligados principales para garantizar el derecho a la seguridad social de la niña, y recuerda que la madre del infante es mayor de edad por lo que tiene a su cargo su custodia y cuidado personal.

iii. Aduce que el amparo es impróspero dado que la menor no se encuentra formal y materialmente bajo custodia y amparo personal de la accionante sino de su madre, la cual es mayor de edad. Además manifiesta que en el Sistema General de Seguridad Social, la Ley 100 de 1993, se tienen previstos dos regímenes en materia de salud, los cuales atienden la capacidad económica de la población, esto incluye a los que no disponen de alguna fuente de ingresos para acceder al régimen subsidiado. Adicionalmente recalca que en el régimen de salud de las fuerzas militares, el cual es excepcional, no contempla a los nietos de los afiliados cotizantes.

2. Impugnación

Mediante escrito calendado el 14 de enero de 2013, se impugnó el fallo proferido el día 12 de diciembre de 2012 por parte de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá D.C., con base en las siguientes consideraciones:

i. Aduce la actora, que en la decisión impugnada no se tuvo en cuenta el art. 44 de la CP, en el cual se señala que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”, y que en el caso de su nieta se le debe brindar la protección establecida en dicha

norma, por su especial condición de salud, y sus derechos deben prevalecer sobre los demás. Por lo anterior, considera que no se le puede negar el acceso a un servicio de salud digno que le permita llevar una vida digna y justa, como lo señala el art 11 de la CP. Adicionalmente señala que bajo el amparo del art 47 de la Carta Magna la menor debe ser protegida, por cuanto sus enfermedades son de por vida y debe dársele un trato acorde a su condición.

ii. Señala que para ella es claro que las normas legales establecen que no se pueden afiliar a los nietos como beneficiarios del sistema de salud, sin embargo, por la condición especial de salud de su nieta, acude a los principios constitucionales ya que éstos deben primar sobre cualquier lineamiento legal que resulte contrario.

iii. Finalmente vuelve a hacer un breve recuento de los hechos manifestados en la acción de tutela, al igual que de las enfermedades que padece su nieta. Señala también que los padres tienen la responsabilidad de la protección y cuidado de la menor, pero que para el padre de la niña es imposible afiliarla a salud por cuanto está desempleado, y su nieta requiere en la actualidad procedimientos que no se le han podido realizar, lo cual empeora su situación, y con el tiempo se agrava su condición de salud, por lo tanto es urgente la prestación de los servicios que reclama.

3. Decisión de Segunda Instancia

El Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en Sentencia del 27 de febrero de 2013, resolvió “Confirmar el fallo impugnado por medio del cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, resolvió negar la pretensión de tutela al derecho fundamental a la seguridad social en salud, invocado por la ciudadana Ana Cecilia Duarte Huertas –en nombre de su nieta Lizeth Natalia Rivera Cuitiva, contra la Dirección de Sanidad Militar”. Para fundamentar su decisión expuso los siguientes argumentos:

i. Aclara que la Sala no debate si la accionante está legitimada para actuar en nombre de su nieta, y que ese formalismo legal “se torna inane frente a la titular del derecho que es una infanta sin cumplir aún los dos años de edad, de donde puede colegirse la posibilidad que cualquier persona pueda intervenir en pro de sus derechos”.

ii. Sostiene que el juez de tutela no puede, pretextando valores superiores, desarticular el sistema de seguridad social por cuanto sería nefasto para el mismo. En el mismo sentido, asegura que el legislador no autoriza al juez de tutela a asumir un papel como el de establecer quiénes son afiliados cotizantes y quiénes beneficiarios del sistema, por razón del nexo con los primeros. Lo anterior, en razón a que existe una debida reglamentación y control constitucional de la Ley 352 de 1997 y el Decreto 1795 de 2000, y que por lo tanto, solo queda acogerse a la reglamentación, a pesar de reconocer el ad quem la necesaria atención requerida por la menor.

iii. Considera que hay otras alternativas de prestación del servicio de salud para la menor, ya que el Estado brinda la posibilidad de atención en el sistema para las personas que no tienen la posibilidad de cotizar, no solamente por Sanidad Militar como obstinadamente lo busca la peticionaria. Igualmente, advierte que no se hace en la petición mención de la situación del padre de la menor, e indica que la actora no es cotizante sino beneficiaria, lo cual implica una “connotación mayor a la hora de confrontar el funcionamiento del sistema en la cobertura de salud”.

iv. Finalmente concluye que en cabeza de sanidad militar no existe vulneración de derecho fundamental alguno o amenaza inminente de tal afectación con respecto a la menor, por lo cual no existe fundamento de hecho y de derecho para el amparo constitucional deprecado. En este sentido, reitera que el juez de tutela no tiene la posibilidad de inmiscuirse en asuntos que son del resorte del legislador y menos “alterar la estructura y funcionamiento de seguridad social en salud para crearle nuevos beneficiarios a los ya existente por disposición legal”, a pesar de que el derecho alegado sea de orden superior.

4. Pruebas allegadas al proceso

La señora Ana Cecilia Duarte Huertas allegó al proceso las siguientes pruebas:

- Copia de la Resolución No 6217 del 2 de octubre de 1991. (Cuaderno 3, folio 8)
- Fotocopia de cedula de ciudadanía de Ana Cecilia Duarte Huertas, copia de carné de afiliación a la Dirección General de Sanidad de Ana Cecilia Duarte Huertas y del carne de afiliación a la Dirección General de Sanidad de Jenny Andrea Cuitiva Duarte. (Cuaderno 3, folio 9)

- Copia de registro civil de nacimiento de Jenny Andrea Cuitiva Duarte. (Cuaderno 3, folio 10)
- Copia de registro civil de nacimiento de Lizeth Natalia Rivera Cuitiva. (Cuaderno 3, folio 11)
- Copia de Certificación del SENA a nombre de Jenny Andrea Cuitiva Duarte. (Cuaderno 3, folio 12)
- Copia de derecho de petición del 17 de septiembre de 2012. (Cuaderno 3, folios 13-16)
- Copia de Oficio No 327973 del 21 de septiembre de 2012. (Cuaderno 3, folios 17-19)
- Copia de certificación de discapacidad expedida por la Nueva EPS a nombre de Lizeth Natalia Rivera Cuitiva. (Cuaderno 3, folio 20)
- Copia de documentos de la historia clínica de Lizeth Natalia Rivera Cuitiva. (Cuaderno 3, folios 21-45)

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar en sede tutelar las sentencias proferidas dentro de los procesos de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico y esquema de resolución

2.1 Esta Sala de Revisión debe resolver, si se ha vulnerado el derecho fundamental a la Seguridad Social en Salud, en conexidad con el derecho fundamental a la vida de la menor de edad Lizeth Natalia Cautiva Rivera, cuyos derechos han sido agenciados por su abuela, la señora Ana Cecilia Duarte Huertas, por parte de la Dirección de Sanidad del Ministerio de Defensa Nacional. Lo anterior, en razón a la negativa de dicha entidad de afiliar a la menor a los servicios de salud que presta, con fundamento en el Decreto Ley 1795 de 2000 “Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”, que

en su artículo 24 señala quiénes son los beneficiarios de los afiliados cotizantes del Subsistema de salud de las fuerzas armadas, el cual no incluye a los nietos de los afiliados a ese sistema de salud.

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 en favor de un niño es impetrada por su abuelo o abuela y persigue el amparo al derecho a la salud de aquél.

2.2 Para resolver el problema jurídico planteado, esta Sala reiterará su jurisprudencia en relación con (i) las razones para la procedencia de la presente acción de tutela; (ii) el derecho de los niños a la salud, en especial de los que presentan alguna condición de discapacidad; (iii) los regímenes especiales y la interpretación conforme a la Constitución de las normas que configuran estos regímenes; (iv) para con base en ello entrar a resolver el caso en concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela

3.1 La acción de tutela fue consagrada por el Constituyente como un mecanismo para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. El artículo 86 de la Carta Política contempla la potestad de ejercer la acción de tutela, como mecanismo de defensa judicial para la protección inmediata de derechos fundamentales. Ante su vulneración o puesta en peligro por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos que señala la ley, resultando factible acudir ante los jueces, en todo momento y lugar, con el fin de obtener una orden para que la parte accionada actúe o se abstenga de hacerlo. Sin embargo, como señala el inciso 3º del citado artículo, esa acción sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.[1]

Así, el artículo 86 Superior dispone con relación a esta acción que “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”, adicionalmente señala que cuando se vean amenazados o vulnerados los derechos fundamentales de una persona esta 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”.

La Corte ha reconocido en infinidad de oportunidades que el derecho a la salud, por tratarse

de un derecho fundamental y autónomo, es susceptible de protección por vía de tutela, lo cual ha sido reconocido por este Tribunal en una evolución jurisprudencial[2] basada en la observancia de la doctrina y de los instrumentos internacionales sobre la materia.[3] Acerca de su carácter de fundamental, ha enfatizado que dada esa misma naturaleza, puede ser amparado a través de la acción de tutela cuando exista vulneración, amenaza o riesgo de afectación del mismo.

De otra parte, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991[4] 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”. [5] Para solicitar estos derechos a nombre de otra persona se tiene que expresar que se está obrando en dicha calidad, que el agenciado no puede hacerlo por imposibilidad física o mental para hacer su propia defensa e identificarse plenamente. Estos requisitos son necesarios, ya que la primera persona que tiene la posibilidad y necesidad de obtener el amparo de los derechos que aparentemente han sido vulnerados es el propio afectado, con lo cual ejerce su derecho a la autonomía y desarrollo de su dignidad.[6]

Adicionalmente, en relación con la acción de tutela en favor de un niño y en armonía con los criterios antes señalados, la jurisprudencia ha sostenido “que cualquier persona, no necesariamente su representante legal, está legitimada para solicitar la protección de los derechos de un niño por vía de tutela, 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 manifiesta”[7]. (Resalta la Sala)

Este Tribunal también ha considerado que los artículos 42 y 44 de la Constitución[8] imponen objetivamente “la necesidad de defensa [del niño], sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve[9]”[10]. 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 fundamental[11].

3.2 Teniendo como base lo anterior, es claro para esta Sala que la señora Ana Cecilia Duarte Huertas está legitimada por activa para interponer la acción de tutela para obtener el amparo de los derechos fundamentales de su nieta Lizeth Natalia Cautiva, en razón a que ella es la beneficiaria de la pensión de su fallecido esposo, y es la responsable del cuidado

de su hija, quien quedó embarazada y tuvo a su nieta siendo aún menor de edad, y del cuidado también de su nieta, quienes dependen económicamente de ella.

Así las cosas, la Corporación encuentra que la presente acción de tutela es procedente por legitimación por activa, ya que la persona agenciada en este caso es una infante, menor de edad, sujeto de especial protección constitucional, que además padece una condición de discapacidad cognoscitiva, lo cual la coloca en un estado de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta. Igualmente, en razón a que sus derechos a la salud y a la vida se encuentran amenazados o en riesgo, puesto que no cuenta con una afiliación a un sistema de seguridad social, lo cual resulta obligatorio, con el fin de que se le pueda asegurar una atención oportuna ante las enfermedades y un tratamiento médico integral de conformidad con su especial condición de salud y de discapacidad.[12]

Por otra parte, esta Sala resalta, como se analizará en esta sentencia, que la ausencia de afiliación de una niña a un sistema de seguridad social en salud amenaza de manera inminente y grave sus derechos fundamentales, ya que por su misma condición de sujeto de especial protección constitucional, basada en su estado de vulnerabilidad, se expondría a “riesgos de salud propios de su edad sin contar, para contrarrestarlos, con el respaldo del sistema de seguridad social en salud”[13], lo que equivale a arriesgar su bienestar y consecuentemente su derecho a la vida e integridad personal.

Igualmente, es importante señalar que la jurisprudencia de esta Corte ha aceptado en varias oportunidades la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener la inclusión en el Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.[14]

A este respecto, la Sala debe recordar que la amenaza o vulneración que dio lugar a la interposición de esta acción de tutela, tuvo su origen en la negativa por parte de la Dirección General de Sanidad Militar de afiliar a la nieta de una afiliada en el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares. La negativa de la entidad accionada se basó en que el Decreto Ley 1795 de 2000[15] no considera expresamente a los nietos de los cotizantes, ni de los beneficiarios, como beneficiarios del sistema.

A fin de resolver si en este caso se ha vulnerado el derecho a la salud y a la seguridad social de la infante agenciada, este Tribunal 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.

4. El derecho fundamental a la salud de los niños, sujetos de especial protección constitucional, particularmente cuando se trata de niños en estado de discapacidad. Reiteración de jurisprudencia

4.1 El derecho fundamental a la salud de los niños

4.1.1 En primer lugar, ha de recordar la Sala la obligación que existe respecto de la garantía y satisfacción del derecho fundamental a la salud de todos los colombianos en general, la cual radica en cabeza del Estado, por ser éste el garante de los derechos y libertades del individuo. En este sentido, esta obligación implica la de “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.”[16] Los principios de universalidad y solidaridad que gobiernan el sistema de seguridad social (artículo 2° Ley 100 de 1993), ha dicho esta Corte, que tienen que estar orientados a lograr la protección efectiva de la salud de 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.”[17]

Adicionalmente, la Constitución Política en diversos artículos, tales como el 49, 95 y 366 Superiores, consagra el derecho fundamental a la salud como una garantía, un valor y un objetivo fundamental. A este respecto, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que es “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).”[18]

(i) Para esta Corporación, el derecho a la salud se define conceptualmente 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”[19].

Sobre las características constitucionales del derecho fundamental a la salud, esta Sala ha

establecido que el derecho a la salud, es (a) un derecho fundamental; (b) autónomo; y (c) que se encuentra en conexidad con otros derechos fundamentales, como la vida e integridad del ser humano.

a) El derecho a la salud es fundamental, ya que aunque se trata de un derecho que a pesar de que en principio es prestacional y por tanto guiado por el principio de maximización de su protección y garantía, su característica principal es su universalidad, es decir, es atribuible y exigible por todo ser humano y ciudadano, lo cual lo convierte en fundamental. En este sentido, en la Constitución de 1991, el artículo 49 estableció que el derecho a la salud es atribuible a todo ser humano, a “todas las personas”-“los habitantes”, por su misma condición reconoció 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 estatal”. [20]

b) En íntima conexión con lo anterior, el derecho a la salud ostenta un valor autónomo; es un derecho fundamental en sí mismo considerado e independiente de otros derechos fundamentales, aunque se encuentra en estrecha conexión con múltiples derechos fundamentales.

c) Finalmente, el derecho a la salud se encuentra en conexidad con otros derechos de importancia fundamental para el desarrollo del ser humano, 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 significa, que satisfecho este derecho primordial, se garantiza el amparo de derechos esenciales como la vida, la integridad, la dignidad personal y la libertad.[21]

(ii) Igualmente, es importante señalar que en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos[22] se hace referencia al derecho a la salud, los cuales son parámetros hermenéuticos para la Corte, tales como:

“La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución de 1946, define salud como el estado de completo bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. La salud implica que todas las

necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales.

El más amplio desarrollo acerca del derecho a la salud, su alcance y significado, lo ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N° 14 (2000) acerca 'el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud'. De manera clara y categórica, la Observación General N° 14 (2000) establece que 'la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos'. Al respecto, el Comité insiste en la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en tanto está 'estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos', refiriéndose de forma específica al 'derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación'. Para el Comité, 'esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud'. [23]

El artículo 12, PIDESC, contempla ámbitos de protección específicos del derecho a la salud, los cuales son precisados por el Comité en su Observación General N°14 (2000). Así, se pronuncia sobre lo que implica (1) garantizar 'la salud infantil, materna y reproductiva', [24] (2) el deber de mejorar 'la higiene ambiental e industrial'; [25] (3) la 'lucha contra las enfermedades', en especial las epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole; [26] y (4) el derecho a que se 'creen las condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad'. [27]. [28]

"La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que "la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad. [29]". [30]

Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y

el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)."[31]".[32]

4.1.2 En segundo lugar, en cuanto al derecho fundamental a la salud y a la seguridad social de los niños en general, resalta la Corporación que estos derechos se encuentran consagrados en el artículo 44 Superior. Este mandato, constituye un reflejo de lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reza en lo pertinente[33]:

“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) (b) asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud (...).” (Resalta la Sala)

De esta forma, es evidente que el artículo 44 de la Constitución Política define como fundamental el derecho a la salud y a la seguridad social de los menores[34]. Esto, en armonía con la Ley 12 de 1991 por medio de la cual se aprueba la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y la Ley 1098 de 2006 -Código de Infancia y Adolescencia-) entre otras.[35]

Sobre el tema de la prevalencia del derecho fundamental a la salud de los niños, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-819 de 1999 señaló lo siguiente:

En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha recabado en que los derechos de los niños y niñas son derechos prevalentes, prioritarios, ya que el propio artículo 44 CP, consagra la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas sobre los de los demás. Este artículo establece de forma expresa la fundamentalidad de la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño o niña para asegurar

su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías.

Este mandato constitucional, se basa en el reconocimiento de las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos durante la etapa de la niñez e infancia de la vida, así como en el deber del Estado de “promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva, así como a la necesidad de adoptar medidas en favor de quienes, en razón de su edad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”[36].

(i) Ahora bien, la protección especial de los niños y las niñas en materia de salud, también ha sido reconocida en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad al tenor del artículo 93 de la Carta de 1991. La Corte ha recordado algunos de estos compromisos, en los siguientes términos[37]:

“(1) Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 24 reconoce ‘el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud’;

(2) Declaración de los Derechos del Niño que en el artículo 4 dispone que ‘[E]l niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados’;

(3) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas fijó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales algunos parámetros que propenden por la protección de los derechos fundamentales de los niños como por, ejemplo en el numeral 2° del artículo 12 del citado pacto se establece: ‘a), es obligación de los Estados firmantes adoptar medidas necesarias para ‘la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños’; mientras que el literal d) dispone que

se deben adoptar medidas necesarias para ‘la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad’;

(4) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 24 establece: Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado;

(5) Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 19 señala que ‘todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado’;

(6) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que, en su artículo 25-2, establece que ‘la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales’, y que ‘todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social’.”[38]

En virtud de estas normas, la Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas son sujetos de especial protección, explicando que su condición de debilidad no es una razón para restringir la capacidad de ejercer sus derechos, especialmente en este caso el derecho a la salud, sino para protegerlos, de forma tal que se promueva su dignidad[39]. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses[40].

(ii) Adicionalmente, este Tribunal ha reconocido que el derecho a la salud de los niños y las niñas al tener la naturaleza de fundamental, autónomo y prevalente, procede directamente la tutela para protegerlo sin tener que demostrar su conexidad con otra garantía[41]. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbre su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria[42].

De todo lo anterior se colige que los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional, ya que esto les impide el goce efectivo de sus garantías constitucionales.[43]

En este punto cabe resaltar que su prestación debe darse en condiciones de oportunidad, eficiencia y calidad. Así, la Sala ha expresado que el derecho a la salud se considerará vulnerado cuando, a pesar de haber sido autorizado el servicio médico, éste no haya sido garantizado oportunamente. Lo mismo sucederá si se entrega un medicamento o procedimiento de mala calidad[44], o si se niega o demora su suministro por surtir trámites burocráticos y administrativos que al paciente no le corresponde asumir[45].

Igualmente la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que el derecho a la salud debe protegerse en su aspecto de la continuidad del mismo. A este respecto, ha establecido “como servicio público esencial a cargo del Estado, además de regirse por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, que consagra expresamente el artículo 49 de la Constitución Política, debe darse cumplimiento a los principios de continuidad, que conlleva su prestación de forma ininterrumpida, constante y permanente; y de necesidad, sin que sea admisible su interrupción, sin una justificación constitucional”. [46] (Subraya la Corporación)

4.1.3 En síntesis y de conformidad con todo expuesto, la Corte reitera en esta nueva oportunidad que el derecho a la salud es por sí mismo un derecho fundamental autónomo, que se encuentra en conexidad con otra serie de derechos fundamentales, el cual radica en cabeza de todas las personas en general, quienes deben ser sus beneficiarios, y que en consecuencia, debe ser protegido y garantizado por el Estado con el fin de evitar que se vulnere, amenace o exista riesgo frente a la garantía del mismo. De otra parte, la Sala recaba que este derecho de carácter fundamental y autónomo, exige un mayor esfuerzo de protección por parte del Estado cuando su vulneración, amenaza o riesgo se presenta frente a una persona que adicionalmente constituye un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de los niños, niñas y adolescentes, máxime cuando estos sujetos con protección constitucional reforzada, tienen adicionalmente factores de vulnerabilidad que agravan su situación de indefensión y de vulnerabilidad, tales como enfermedades o condiciones de discapacidad, contextos en los cuales se hace imperativo que este derecho se proteja con enfoque diferencial y con acciones afirmativas en favor de estas personas que se encuentran en mayor grado de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, de conformidad con el artículo 13 Superior. De esta manera, a estos sujetos de especial

protección constitucional se les debe prodigar un cuidado especial y particular, y sus derechos deben tener primacía sobre los derechos de los demás, obligando de esta manera, a la familia, a 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.).[47]

4.2 El derecho a la salud y a la seguridad social de menores discapacitados. Reiteración de jurisprudencia

Como ya lo ha explicado con suficiencia esta Corporación, los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional. En cuanto a los menores que se encuentran en estado de discapacidad, la jurisprudencia constitucional ha señalado que requieren de una protección constitucional reforzada y que una de las consecuencias de la misma es el derecho de estos menores a recibir un tratamiento integral de rehabilitación. Así lo ha sostenido esta Corporación en reiterada jurisprudencia, de la cual se presenta una breve reseña de los pronunciamientos más recientes sobre la materia:

“... a los niños discapacitados hay que darles el servicio eficiente, integral, óptimo en tratamiento y rehabilitación para que mejore las condiciones de vida, valor éste que está en la Constitución y es una facultad inherente a todos los seres humanos, con mayor razón a aquellos que padecen enfermedades y no ofrezcan perspectiva de derrota de la dolencia”.
(Resalta la Sala)

(ii) Así mismo, en la Sentencia T-920 de 2000, se estudió el caso de varios menores que padecían parálisis cerebral o retardo mental, a quienes el ISS suspendió el tratamiento al cual venían siendo sometidos al considerar que éstos no tenían un carácter sanitario, sino educativo y pedagógico, que no le correspondía asumir a la EPS. Para arribar a dicha conclusión la Sala resumió la línea jurisprudencial sobre la atención de pacientes que eran considerados incurables[48], advirtiendo que no se constituía en una razón válida para negar el acceso a los servicios de salud que la enfermedad fuera catalogada como tal.[49]

(iii) Por otra parte en la Sentencia T-518 de 2006 este Tribunal precisó:

“La salud de los niños se erige como un derecho fundamental, y que tratándose de menores con discapacidad el Estado se encuentra obligado a ofrecer un tratamiento integral encaminado a lograr la integración social del niño. En este sentido, debe ofrecerse al menor todos los medios que se encuentren al alcance con el fin de obtener su rehabilitación, teniendo en cuenta, además, que este proceso puede tener ingredientes médicos y educativos” (Énfasis de la Corte)

(iv) En la sentencia T-127 de 2007, esta Corte estudió la negativa de una EPS a seguir garantizando los servicios integrados de educación y rehabilitación tanto física como institucional a un menor que padecía síndrome de Down, protegiendo la continuidad, así como la idoneidad y adecuación del servicio de salud.[50]

(v) En el mismo sentido, en la Sentencia T-608 de 2007 esta Corporación señaló:

“La protección constitucional a los menores se ve reforzada de manera especial cuando éstos sufren de alguna clase de discapacidad, puesto que en tal evento quedan amparados también por el mandato constitucional de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (C.P. Art. 13).

Al amparo de la previsión del artículo 13 de la Carta, que impone al Estado el deber de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, las autoridades deben emprender acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados, categoría dentro de la cual cabe incluir a los discapacitados, y de manera particular, cuando se encuentran en condiciones de pobreza.

En esta materia, la Corte ha puesto de presente que, por un lado, los discapacitados gozan de la plenitud de los derechos que la Constitución reconoce a todas las personas, entre los cuales se cuentan los derechos a la salud, a la educación y a la igualdad, razón por la cual resulta contrario a la Carta todo tratamiento discriminatorio por razón de la discapacidad.”
(Negrillas fuera de texto)

(vi) Igualmente, en la sentencia T-862 de 2007 la Corte ordenó el tratamiento para el manejo integral de la parálisis cerebral que padecía una menor ante la negativa de la entidad demandada de autorizar el programa de rehabilitación pediátrica en terapia

ocupacional, física y de lenguaje requerido por la niña en la Asociación Colombiana Pro niño con Parálisis Cerebral -PROPACE. Esto, luego de un análisis integral del derecho a la salud de los niños y niñas, en conjugación con la protección especial que les otorga la discapacidad que los afecta. En consecuencia reiteró la Sala que: “la salud de los niños se erige como un derecho fundamental, y que tratándose de menores con discapacidad el Estado tiene la obligación de brindar un tratamiento integral dirigido a alcanzar la integración social del menor. En esta medida, no solamente debe ofrecerse al infante todos los medios disponibles con el propósito de lograr su rehabilitación, teniendo en consideración, además, que este proceso puede tener ingredientes tanto médicos como educativos.”[51]

(vii) Del mismo modo, en la sentencia T-650 de 2009, este Tribunal reiteró la protección especial a los menores con discapacidad[52], cuando requieren la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social. En particular, ordenó a la EPS demandada suministrar las terapias en hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia que requería el menor de edad, para lo cual era necesario realizar previamente una valoración por parte de médicos adscritos a dicha entidad con el fin de determinar la periodicidad, cantidad y tipo de procedimiento concreto que deba realizarse.[53]

(viii) Finalmente, es de señalar que el artículo 46 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala las obligaciones especiales del Sistema de Seguridad Social en Salud, determinando para el efecto “12. Disponer lo necesario para que todo niño, niña o adolescente que presente anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad, tengan derecho a recibir por parte del Estado, atención, diagnóstico, tratamiento especializado y rehabilitación, cuidados especiales de salud, orientación y apoyo a los miembros de la familia o a las personas responsables de su cuidado y atención”. (Resalta la Sala)

En suma, tanto la salud como la seguridad social de los menores tienen el carácter de derecho de fundamental, autónomo y prevalente, y por tanto, gozan de especial protección constitucional. Este especial amparo se ve reforzado en tratándose de niños o niñas que padecen una discapacidad.

5. Los regímenes especiales de seguridad social en salud y el deber de los mismos de

conformidad con la regla de interpretación conforme a la Constitución. Reiteración de jurisprudencia

5.1 El Subsistema de Seguridad Social en Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional

5.1.1 El Sistema de Salud para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional está regulado por la Ley 352 de 1997, la cual, en armonía con lo establecido en los Decretos Leyes 1211, 1212 y 1213 de 1.990 y 1796 de 2.000 y el Decreto 2192 de 2.004, establece que tendrán derecho a recibir los servicios de salud propios de este régimen quienes se encuentren en servicio activo o sean dados de baja con derecho a asignación por retiro o pensión.

De otra parte, el Sistema de Seguridad Social en Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional se encuentra reglamentado por el Decreto No. 1795 de septiembre 14 de 2000, que regula su estructura, el cual ha sido objeto de examen por parte de esta Corte mediante las Sentencias C-1095 de 2001[55] y C-479 de 2003[56].

El Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional se encuentra interrelacionado con diferentes instituciones, organismos, dependencias, afiliados, beneficiarios, recursos, políticas, principios, fundamentos, planes, programas y procesos debidamente articulados entre sí[57]. Como servicio público esencial, está orientado al personal activo, retirado, pensionado y beneficiarios[58], y busca la prestación del servicio de salud del personal afiliado y beneficiarios[59].

La Dirección de Sanidad de la Policía Nacional es una dependencia de la Policía Nacional y se encarga de administrar el subsistema de salud e implementar las políticas que emita el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (CSSFMP)[60].

La Ley 352 de enero 17 de 1997, “Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”, establece que los beneficios de ese sistema de salud (Título II) se extienden, entre otros, a los afiliados que sean miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, como aquéllos que gocen de asignación de retiro o pensión (art. 19 lit. a num. 1º y 2º).

El Decreto 1795 de septiembre 14 de 2000, "Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional", señala que los beneficiarios del sistema (Título II), entre otros, son los afiliados que sean miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, como en goce de asignación de retiro o pensión (art. 23 num. 1º y 2º), conservando como beneficiarios al cónyuge o al compañero o compañera permanente del afiliado, en este último evento cuando la unión permanente sea superior a dos años (art. 24 lit. a).

Así, para el tema que ahora nos ocupa respecto de los afiliados a este sistema, el artículo 24 del Decreto No. 1795 de 2000 establece que serán beneficiarios las siguientes personas:

"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 1.- Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el literal c) del presente Artículo, se define como invalidez absoluta y permanente, el estado proveniente de lesiones o afecciones patológicas no susceptibles de recuperación que incapaciten de forma total y permanente la capacidad laboral a la persona para ejercer un trabajo. Para determinar la invalidez se creará en cada Subsistema un Comité de valoración, de conformidad con lo que disponga el CSSMP.

PARAGRAFO 2.- Los afiliados no sujetos al régimen de cotización no tendrán beneficiarios

respecto de los servicios de salud.

PARAGRAFO 3.- 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 4.- No se admitirá como beneficiarios del SSMP a los cotizantes de cualquier otro régimen de salud.”

Ahora bien, la Sala al estudiar la constitucionalidad del Decreto 1795 de 2000, reiteró la jurisprudencia según la cual “la facultad para derogar, modificar o adicionar la Ley 352 de 1997 requería expresa determinación por parte del legislador ordinario”[61], y determinó que “es claro que el Presidente, al expedir el Decreto 1795 de 2000, excedió las facultades extraordinarias concedidas por el Congreso, pero sólo en lo atinente a aquellas disposiciones que deroguen, modifiquen o adicionen la Ley 352 de 1997, en la medida en que no estaba autorizado explícitamente para ello en la ley habilitante.[62]”[63] (Negrillas de la Corte)

En consecuencia, la Corporación procedió a verificar si las normas acusadas o parcialmente acusadas pertenecientes al Decreto Extraordinario 1795 de 2000 modifican, adicionan o derogan la Ley 352 de 1997, resultando de ello, que mediante sentencia C-479 de 2003[64] fueron declaradas inexecutable, entre otras, el parágrafo 1º del artículo 24 del Decreto 1795 de 2000.[65]

Así las cosas, en lo relacionado con el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en la actualidad, si bien existe una disposición expresa según la cual únicamente son beneficiarios del mismo los hijos mayores de 18 años que padezcan una invalidez absoluta y permanente, también lo es que desapareció del ordenamiento jurídico la norma que definía con precisión el alcance del mencionado concepto, motivo por el cual, al momento de examinar si una persona es o no beneficiaria del referido subsistema, “deberán tenerse en cuenta las disposiciones constitucionales concernientes a los sujetos de especial protección, las diversas disposiciones internacionales que regulan el tema de la discapacidad mental, y por último, las pruebas técnicas que se le hubiesen practicado al

accionante". [66] (Resalta la Sala)

En efecto, el artículo 13 C.P. consagra la especial protección del Estado a las personas que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta a causa de su condición de edad, o discapacidad mental o física. A su vez, el artículo 47 de la Carta fija la obligación estatal de adelantar planes de integración, rehabilitación y previsión para los menores de edad -art.44 CP- y para los que se encuentren en estado de discapacidad -art.47 CP-, y establece la prestación de atención especializada cuando éstos lo requieran.

Adicionalmente, debe recordarse que dicha obligación de especial protección por parte del Estado, no excluye los deberes que respecto de ellos tienen la familia y los particulares en general, los cuales se deben asumir en desarrollo del principio de solidaridad (Arts. 1 y 95-2 C.P.), ya que todas estas instituciones son parte conformante de una colectividad.[67] De esta manera, existe una responsabilidad compartida del Estado, la familia y los particulares en general en la protección de los menores de edad y de las personas en estado de discapacidad o de los disminuidos físicos o mentales.

En el mismo fallo C-479 de 2003, se analizó el parágrafo 2º del artículo 25 del pluricitado decreto, el cual establecía la extinción del derecho a los servicios de salud para el cónyuge, compañero o compañera permanente beneficiarios por la muerte, declaración judicial de nulidad o inexistencia del matrimonio, por sentencia judicial de divorcio válida en Colombia o "por separación judicial o extrajudicial de cuerpos, ó cuando no hiciere vida en común con el cónyuge o compañero (a) permanente afiliado". La Corte declaró inexecutable este parágrafo, porque su alcance frente a la Ley 352 de 1997 implica la alteración de "los derechos y deberes de los afiliados y beneficiarios", por modificar el parágrafo 2º del artículo 23 ibidem, "sin que el Presidente de la República tuviera expresas facultades para ello"[68].

De otra parte, aunque el artículo 59 del Decreto 1795 de 2000, establecía "El presente Decreto rige a partir del primero (01) de enero de dos mil uno (2001) salvo lo dispuesto en el Artículo 23 literal a) numeral 6, modifica y adiciona la Ley 352 de 1997 y deroga las demás normas que le sean contrarias", en la sentencia C-979 de noviembre 13 de 2002, esta Corporación determinó que la expresión "modifica y adiciona la Ley 352 de 1997" es

inexequible.

5.1.2 Adicionalmente, es de señalar que esta Corte ha determinado que los regímenes especiales de seguridad social no son contrarios a la Constitución, siempre y cuando los servicios y beneficios que ofrezcan no desconozcan el principio de igualdad, de manera que su regulación y determinación no sea inferior al mínimo consagrado en el régimen de seguridad social que existe en el país. En este sentido, ha sostenido que el tratamiento diferenciado en los regímenes especiales de seguridad social debe estar encaminado a “mejorar las condiciones económicas del grupo humano al cual se aplica, por lo que resultan inequitativos, es decir, contrarios al principio de igualdad constitucional, los regímenes especiales de seguridad social que introducen desmejoras o tratamientos de inferior categoría a los concedido por el régimen general”[69].

Igualmente, este Tribunal ha establecido que los encargados de la aplicación de dichas normas especiales, deben interpretarlas, en cuanto a su alcance normativo y funciones, prestando atención al principio de interpretación conforme a la Constitución.[70] Así las cosas, el intérprete “debe determinar el sentido de las normas de forma tal que el resultado de su ejercicio no desemboque en resultados manifiestamente contrarios a lo establecido por la Constitución, teniendo en cuenta el contexto en el cual la norma va a recibir aplicación”[71]. (Resalta la Sala)

A este respecto, en la Sentencia C-273 de 1999, la Corte indicó que “según el principio de interpretación conforme, la totalidad de los preceptos jurídicos deben ser interpretados de manera tal que su sentido se avenga a las disposiciones constitucionales. La interpretación de una norma que contraría éste principio es simplemente intolerable en un régimen que parte de la supremacía formal y material de la Constitución (C.P. art. 4)”. Así mismo, en la Sentencia C-011 de 1994 se explicó que “cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalística”. (Resalta la Sala)

6. ANALISIS CONSTITUCIONAL DEL CASO EN CONCRETO

6.1 La señora Ana Cecilia Duarte Huertas, interpuso tutela actuando en nombre propio y en el de su nieta Lizeth Natalia Cautiva Rivera, contra la Dirección de Sanidad del Ministerio de Defensa Nacional, por la vulneración de los derechos fundamentales de su nieta al derecho a la garantía a la seguridad social en salud, en conexidad con el derecho a la vida, los cuales considera son desconocidos por la entidad accionada, en razón a que se ha negado la afiliación de su nieta en dicho sistema especial de salud. La actora señala para el efecto, que tanto su hija, menor de edad al momento de tener a su nieta, y su nieta, dependen económicamente de ella. Resalta además que su nieta es una menor que adicionalmente padece varias condiciones de discapacidad cognoscitiva y física, tales como síndrome de Down; problemas respiratorios desde su nacimiento; padece de un DAP, de conformidad con el diagnóstico derivado de un ecocardiograma; de displasia de cadera; de dificultades auditivas; de cataratas en ambos ojos, las cuales han sido operadas; y sus ojos presentan desviación, por lo que le recetaron gafas de por vida.

6.2 La Dirección General de Sanidad Militar, mediante escrito del 7 de diciembre de 2012, dio respuesta a la demanda de tutela instaurada afirmando que el Decreto Ley 1795 de 2000 "Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional", en su artículo 24, señala claramente quiénes son los beneficiarios de los afiliados cotizantes del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía, dentro de cuya norma no se encuentra cobijada como beneficiados a los nietos de los cotizantes. Igualmente sostiene que es el padre de la niña, quien en principio debe garantizar la prestación del servicio de salud de la menor, por lo cual sería necesario verificar si el Señor Rivera, padre de la niña, se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud por cuanto sobre él recaería la obligación de amparo de su hija.

En la impugnación, la actora sostiene que se desconoce el art. 44 de la CP, en el cual se señala que "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás", resaltando la especial condición de discapacidad de su nieta. Señala que la menor debe por tanto recibir de manera urgente y permanente un tratamiento acorde con su condición, ya que con el tiempo se agrava su situación de salud. Argumenta igualmente que los lineamientos constitucionales deben primar sobre los legales, sobretudo cuando estos últimos resulten contrarios a los primeros. Finalmente, señala que para el padre de la niña

es imposible afiliarla a salud por cuanto se encuentra desempleado, y que tanto su hija como su nieta depende económicamente de ella.

En decisión de segunda instancia, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, mediante fallo del 27 de febrero de 2013, resolvió confirmar el fallo impugnado, argumentando que el Legislador ya ha definido los beneficiarios del sistema especial de salud accionado, y que el juez de tutela no puede inmiscuirse en asuntos del legislador estableciendo quiénes son afiliados cotizantes y quiénes beneficiarios del sistema, y que por tanto solo queda acogerse a la reglamentación establecida por el Decreto 1795 de 2000.

Considera que hay otras alternativas de prestación del servicio de salud para la menor, ya que el Estado brinda la posibilidad de atención en el sistema para las personas que no tienen la posibilidad de cotizar, e indica que la actora no es cotizante sino beneficiaria.

6.4 Obligación de afiliar a la nieta dependiente de la abuela en el Sistema especial de Salud en el cual ésta está inscrita

Con fundamento en todo lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia, en relación con (i) los derechos de los niños a la seguridad social en salud -art.44 CP-, en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad física, los cuales constituyen derechos de carácter fundamental y autónomo; y el interés superior del menor -art.44CP-; (ii) los derechos de las personas en estado de discapacidad -art.47CP-, máxime cuando se trata de menores de edad; así como la condición de los menores de edad y de las personas con discapacidad como sujetos de especial protección constitucional, quienes requieren de acciones afirmativas -art.13-; y (iii) la múltiple jurisprudencia de esta Corporación en relación con la protección del derecho a la salud como prevalente, cuando se trata de menores de edad en estado de discapacidad, especialmente frente a los casos de afiliación de los nietos de abuelos o abuelas afiliados a los sistemas especiales de salud, tal como el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía; (iv) esta Sala constata que efectivamente existe una vulneración de los derechos fundamentales de la menor agenciada, y concluye que la accionada tiene la obligación constitucional de afiliar a dicho sistema especial de salud a la niña, cuyos derechos han sido agenciados por su abuela, teniendo en cuenta que ésta se encuentra afiliada a dicho sistema, en calidad de

pensionada de su difunto esposo, que tanto su hija como su nieta dependen de la misma, y que el padre de la menor se encuentra desempleado.

A la anterior conclusión, allega esta Corporación, ya que en su jurisprudencia ha expuesto múltiples reglas jurisprudenciales en relación con la obligación de afiliación de los nietos de abuelos o abuelas afiliados a los sistemas especiales de salud, y particularmente, al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía, como pasa a reseñarse a continuación:

6.4.1 La jurisprudencia constitucional ha considerado que el Servicio de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (SSMP) viola el derecho a la salud de una persona que merece una protección constitucional reforzada, cuando no se le afilia o se le excluye del Sistema y se le niega el acceso a los servicios que requiere.[72] En el caso de las personas que tienen derecho a una protección constitucional reforzada, como en el caso de los menores de edad, que adicionalmente se encuentran en estado de discapacidad, la jurisprudencia ha tutelado el derecho de las personas a afiliarse al régimen, incluso en aquellos casos de vacíos normativos.[73]

Así, en el caso específico de niños, la Corte Constitucional ha decidido que la Dirección General de Sanidad Militar viola el derecho fundamental a la salud de un niño o una niña al negarse a afiliarla como beneficiaria de su abuelo o abuela, por lo menos en dos circunstancias: (i) cuando dependa de éste;[74] o (ii) cuando el menor y su madre, también menor de edad, dependen económicamente de éste.[75]

6.4.2 En punto a este tema, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que si bien los sistemas especiales de salud no son inconstitucionales, éstos deben aplicarse e interpretarse de conformidad con la Constitución. Para el caso que nos ocupa, es de resaltar que la Corte ha hecho una interpretación conforme a la Constitución del artículo 24 del Decreto 1795 de 2000, decidiendo la obligación del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía de afiliar a los nietos de abuelos afiliados al sistema.[76]

En relación con el Sistema Especial de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía, la jurisprudencia de esta Corte, ha realizado varios pronunciamientos en sede de control abstracto de constitucionalidad realizado frente al Decreto Ley 1795 de 2000, a los cuales se hizo mención en la parte considerativa de esta sentencia; así como en sede de tutela, a los cuales hará referencia en el presente acápite.

6.4.3 En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido la regla según la cual los sistemas especiales de salud deben garantizar como mínimo, los mismos beneficios establecidos y consagrados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya que se supone que éstos están establecidos en principio para ofrecer garantías mayores o especiales a sus afiliados.[77] De esta manera, ha sostenido que si los sistemas especiales de salud, no consagran las garantías establecidas en el Sistema General, estos beneficios deben hacerse extensivos al sistema especial de salud de que se trate.

En consecuencia, y en aplicación de esta regla de extensión de los beneficios del Sistema General de Salud a los sistemas especiales de salud, ha puesto de relieve que la afiliación del nieto dependiente de los abuelos afiliados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud posee tres alternativas de ingreso: “(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 1998[78],(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” [79](Resalta la Sala). Estas tres alternativas deben ser por tanto aplicables a los nietos dependientes de su abuelo o abuela en los sistemas especiales de salud.

6.4.4 De otra parte, ha establecido este Tribunal la regla según la cual (a) si la madre o padre del menor no pueden acceder al sistema como afiliada principal en el régimen contributivo, ya que éstos no poseen capacidad económica para cotizar, condición necesaria para su acceso; o (b) cuando su afiliación en el régimen subsidiado resultare poco apropiada por cuanto los padres perderían los beneficios a los que tienen derecho como afiliados al régimen contributivo por pertenecer al grupo familiar de un cotizante y se encuentra en condiciones de gozar de ellos, o cuando no pueden afiliarse al régimen subsidiado por cuanto no se trata de personas que pertenezcan a niveles o estratos socioeconómicos que no tengan alguna capacidad económica, sino que son dependientes de sus padres; (c) la alternativa más idónea es afiliar al niño como cotizante dependiente de su abuelo o abuela a fin de procurar el amparo de los derechos a la salud y a la seguridad social de aquél.[80]

En aplicación de estas reglas, esta Corte ha decidido por tanto, en diversas oportunidades, la aplicación del artículo 40 del Decreto 806 de 1998[81], que consagra una solución para la

afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud para los dependientes de los afiliados, cuando éstos sean menores de 12 años, dependan económicamente de éste, o tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, los cuales podrán ser afiliados como parte del núcleo familiar, pagando un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación, quienes se denominarán “cotizante dependiente”. Esta regla ha sido aplicada específicamente en el caso de menores de edad, nietos de abuelos afiliados a sistemas especiales de salud, teniendo en cuenta que los menores de edad dependen económicamente de aquellos y deben ser afiliados como cotizantes dependientes en los sistemas especiales de salud, como en el caso del Magisterio[82] y del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía.[83]

6.4.5 Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha sentado la regla según la cual, si el abuelo o abuela afiliado al sistema especial de salud, no se encuentra en condiciones de pagar el aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación por sus nietos dependientes, quienes se denominarán “cotizantes dependientes”, entonces debe exonerarse de dicho pago y autorizarse a la entidad prestadora de salud para que le cobre al Fosyga los costos en que incurra por la atención y tratamientos médicos del caso a que haya que someter al menor de edad, máxime cuando se trata de menores en estado de discapacidad. [84]

6.4.6 Esta Corporación ha establecido también la regla según la cual en los casos en que el menor de edad (a) no pueda 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) no es posible esperar a que sus progenitores asuman los deberes propios de su condición, lo cual resulta irrazonable, como quiera que todavía son menores de edad o dependen económicamente de sus progenitores, circunstancia que les impide acceder como afiliada principal al régimen contributivo o subsidiado; y (c) no es posible dejar a un niño sin cobertura de salud, lo cual constituiría una decisión lesiva de este derecho fundamental de un sujeto de especial protección constitucional. [85]

6.4.7 La jurisprudencia de este Tribunal ha establecido igualmente la regla según la cual,

teniendo en cuenta que la obligación primigenia del cuidado del niño radica en cabeza de sus padres biológicos, el cumplimiento de las obligaciones de cuidado y afiliación como cotizantes dependientes por parte del abuelo o abuela del niño o niña afiliados a regímenes especiales, continuarán solo hasta cuando alguno de los progenitores tenga 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 o hija al Sistema de Salud como su beneficiario; o hasta cuando se determine su afiliación al régimen subsidiado.

6.4.8 En armonía con las reglas jurisprudenciales hasta aquí expuestas, la Corte ha protegido en múltiples casos la afiliación de los nietos dependientes de abuelos o abuelas afiliados a los sistemas especiales de salud, cuando éstos y sus padres o madres, dependen económicamente de ellos, o cuando se encuentran bajo su custodia, legalmente declarado por el ICBF.

(i) Así, en algunos casos la Sala ha decidido la afiliación al sistema de salud de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional de un menor de edad como beneficiario de su abuela cotizante, con base en la regla de interpretación conforme con la Constitución del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000 y teniendo en cuenta que la abuela tenía la custodia de su nieto.[86]

(ii) En otros fallos esta Corporación analizó y concedió 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, decidiendo 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.[87]

(iii) En otro pronunciamiento, relativo a la protección del derecho a la salud a través de la afiliación de una nieta de una docente al sistema de seguridad social del Magisterio, en el que la docente se encontraba afiliada, el cual, como en el caso que ahora nos ocupa frente al régimen de salud de las Fuerzas Militares y de Policía, de conformidad con su reglamento los nietos no poseen la calidad de beneficiarios, la Corte reiteró su jurisprudencia y aplicó las siguientes reglas:

“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.

En consecuencia, reiteró la regla de extensión de los beneficios del sistema general de salud, según la cual, la alternativa adecuada en estos casos para lograr el amparo de los derechos fundamentales de los niños y niñas 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).

6.4.9 En el caso en concreto que ahora nos ocupa, la Sala reiterará y aplicará las normas constitucionales de protección del derecho fundamental a la salud, especialmente en el caso de menores de edad en estado de discapacidad, y las reglas jurisprudenciales anteriormente expuestas respecto de la afiliación de los nietos o nietas dependientes del abuelo o abuela, como se pasa a exponer:

(i) De conformidad con la información que obra en el expediente, la Corte evidencia que (a) la hija de la accionante, Jenny Andrea Cautiva Duarte, madre de la menor cuyos derechos son agenciados por su abuela, se encuentra igualmente afiliada al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía, en calidad de beneficiaria, desde septiembre de 2012. (b) La hija de la accionante, tuvo a su hija siendo todavía una menor de 16 años de edad, y actualmente aunque tiene ya la mayoría de edad, depende todavía económicamente de su madre, y se encuentra estudiando en el SENA. (c) La menor de edad, cuyos derechos a la salud son agenciados por su abuela, nació el 14 de mayo de 2011, de manera que a la fecha apenas cuenta con 2 años de edad. Esta menor, de conformidad con la información aportada, es una infante que de nacimiento padece de diferentes y graves condiciones de discapacidad física y cognoscitiva, tales como Síndrome de Down, problemas respiratorios, padece un DAP de acuerdo con un ecocardiograma que se le practicó, displasia de cadera, dificultades auditivas, cataratas en ambos ojos las cuales han sido operadas, y sus ojos

presentan desviación, por lo que le recetaron gafas de por vida. (d) Tanto la hija de la accionante como su nieta, dependen económicamente de ella, de manera que su hija, madre de la menor agenciada, no se puede afiliar al régimen contributivo pues no cuenta con el dinero para pagar las cotizaciones, siendo dependiente de su madre, al igual que su nieta. (e) La menor de edad, se encuentra actualmente sin afiliación a un sistema de salud, lo cual es obligatorio especialmente en el caso de los menores de edad, máxime cuando se trata de menores con enfermedades graves o en estado de discapacidad, y por tanto, se encuentra sin recibir los servicios médicos y tratamientos especializados que requiere dada su condición de salud y sus diferentes estados de discapacidad física y cognoscitiva. (f) La situación en la que se encuentra la menor de edad, nieta de la accionante, es apremiante por cuanto su estado de salud es precario y necesita que le presten los servicios de salud adecuados para su condición de salud, con el fin de que pueda llevar una vida digna.

(ii) Constata la Sala que ni la Ley 352 de 1997, ni el Decreto Ley 1795 de 2002, permiten la inclusión del nieto o nieta del afiliado como beneficiario de su abuelo o abuela en el Sistema especial de Salud de las Fuerzas Militares o de Policía.

Con base en esta normatividad, tal y como consta en la información que obra en el expediente, las solicitudes que presentó la actora en nombre de su nieta para su correspondiente afiliación como beneficiaria del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía, fueron negadas tanto por el CENAF (Centro Nacional de Afiliaciones) del Ministerio de Defensa, como por la Dirección General de Sanidad Militar de la entidad mencionada, argumentando que no podrían asumir la prestación de servicios médicos a los nietos de los afiliados, porque no se encontraban en condición de beneficiarios de dicha entidad.

(iii) A este respecto, concluye la Corte que el Director General de Sanidad Militar al negar la solicitud de la peticionaria de afiliación de su nieta al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, invocando el contenido del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000, en el cual no se incluyen a los nietos como posibles beneficiarios, no respetó el principio de interpretación conforme a la Constitución al momento de determinar el alcance de las normas que rigen el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, pues debió dar aplicación a este principio al estudiar la petición presentada por la accionante.

(iv) La Sala colige igualmente que tampoco se respetó una regla elemental de interpretación jurídica, según la cual se deben atender los elementos fácticos del caso a los cuales se va a aplicar una determinada disposición, máxime cuando la Corte Constitucional, tanto en sentencias de constitucionalidad, como se mencionó en la parte considerativa de esta sentencia, como en varias sentencias de tutela, como se mencionó en este acápite, ha determinado el alcance normativo del artículo 24 del Decreto 1795 de 2000.

Así las cosas, en criterio de esta Corporación, el Director General de Sanidad Militar debió tener en cuenta la situación fáctica especial en la que se encontraba la menor de edad, cuyos derechos fueron agenciados mediante esta tutela, ya que ésta depende de su abuela materna y se trata de una menor de edad en estado de discapacidad.

Adicionalmente, el hecho de que el Director General de Sanidad Militar haya invocado la ausencia de una disposición normativa expresa sobre la inscripción de nietos al subsistema de salud de las Fuerzas Militares y de Policía en tanto beneficiarios, revela una aplicación literal de la norma legal, que no se compadece con el precedente judicial ya definido por esta Corporación en la materia.

En este orden de ideas, encuentra la Corte que al negarse la petición a la accionante, se desconoció la realidad fáctica y jurídica que se presentaba a su conocimiento, referente a la dependencia de la menor de su abuela, al igual que su progenitora; así como el precedente judicial ya sentado de manera pacífica por esta Corporación en casos análogos o similares al presente.

(v) De otra parte, observa la Sala que el Director General de Sanidad Militar debió tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 70 a 72 del Código del Menor, ya que en este caso la abuela no busca inscribir a su nieta, por ser simplemente su nieta, sino porque ésta depende por el momento de ella, al igual que la progenitora de la misma, la hija de la actora, quien tuvo un embarazo y parto como adolescente, y quien a pesar de haber adquirido la mayoría de edad, depende igualmente de su madre.

(vi) En este mismo sentido, en criterio de esta Sala, al haber interpretado el alcance del artículo 24 del Decreto 1795 de 2000 en forma ajena a la realidad fáctica y jurídica a la cual ésta norma habría de aplicarse, el Director General de Sanidad Militar adoptó una decisión cuyo resultado inmediato es contrario a varios mandatos constitucionales, puesto que

implica que no se protege a la menor agenciada, sino que se diluye la responsabilidad frente a la menor, esperando a que ésta sea afiliada directamente al régimen general de seguridad social en salud por sus progenitores, cuando éstos cuenten con la capacidad económica para hacerlo. De este modo, no se tuvo en cuenta tampoco, que los mismos no pueden acceder al régimen subsidiado, por cuanto no se encuentran en extrema pobreza, sino que son dependientes de sus padres, y se desconoció que tanto la madre de la menor, como ésta última, dependen de la abuela, y que el padre se encuentra actualmente desempleado. En consecuencia, la postura de la Dirección General de Sanidad Militar, es irrazonable y contraria a varios mandatos constitucionales:

(a) Al artículo 44, que protege el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social del menor afectado, derechos que al ser fundamentales en el caso de los menores y, además, prevalecientes deben ser objeto de protección inmediata.

(b) Al artículo 13, puesto que, en primer lugar, la menor agenciada se encuentra en una situación especial por depender y estar bajo el cuidado de su abuela, y se le está otorgando un trato igual al que se habría de otorgar a los demás nietos de afiliados que no se encuentran en su misma situación y que solicitan ser inscritos como beneficiarios. De esta manera, se está impartiendo un trato igual a situaciones que son esencialmente disímiles, lesionando con ello el principio constitucional de igualdad. En segundo lugar, por cuanto el sistema de salud debe velar porque se adopten medidas afirmativas en favor de sujetos de especial protección constitucional, como en el caso de menores en estado de discapacidad.

(vii) Observa la Sala que la accionante, agente oficiosa de su nieta, se encuentra como afiliada en el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía, no como beneficiaria, como erróneamente lo entiende el Ad-quem, en la decisión de segunda instancia que ahora se revisa, sino como afiliada en calidad de beneficiaria de la pensión de sobreviviente de su difundo esposo por parte del Ministerio de Defensa, desde el fallecimiento del mismo el 30 de marzo de 1991, en aplicación del artículo 19 de la Ley 352 de 1997. De esta manera, como lo expone la misma accionante, desde el momento en que le fue reconocida dicha pensión ha recibido la atención médica por parte de la CELAF.

(viii) De otra parte, en aplicación de la regla jurisprudencial, según la cual se deben hacer

extensivas las garantías y beneficios fijados por el Sistema General de Salud para los sistemas especiales de salud, es claro para esta Sala que los nietos de abuelos afiliados a sistemas especiales de salud, específicamente del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía, de conformidad con el artículo 24 del Decreto 1795 de 2000, que no se encuentran legalmente entre los beneficiarios del afiliado, pero que efectivamente dependen de ellos, 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.

(ix) Evidencia este Tribunal igualmente, que la obligación de las instituciones encargadas de la prestación del servicio público de salud, contrae un carácter aún más imperativo cuando se reivindica la afiliación de un sujeto de especial protección constitucional, por tratarse como en este caso, de una niña, máxime cuando adicionalmente se trata de una menor de edad en estado de discapacidad, cuya situación resulta más gravosa en razón a que la menor padece múltiples enfermedades y discapacidades físicas y cognitivas, como quedó descrito ampliamente, casos en los cuales cobran mayor importancia las normas constitucionales relativas al derecho a la salud, a los derechos de las personas en estado de discapacidad, el principio constitucional de solidaridad que se aplica en el sistema de salud, así como las reglas jurisprudenciales que se han señalado a lo largo de esta providencia.

(x) En este caso, reitera la Corte que la menor agenciada, al igual que su madre, se encuentran en una relación de dependencia económica respecto de su abuela, lo que lleva a la Sala a concluir que, como en los casos similares antes 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 tampoco se encuentran en una situación de pobreza o abandono que les haga posible acceder al régimen subsidiado. Igualmente, de conformidad con la información que obra dentro del expediente, el padre de la menor se encuentra desempleado.

(xi) En consecuencia, dado que la menor agenciada y su madre, dependen económicamente de la abuela, la Corte colige que la solución constitucionalmente válida, de conformidad con la regla de interpretación conforme a la Constitución del artículo 24 del Decreto 1795

de 2000 y la regla sobre extensión de los beneficios que prevé el Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la afiliación de la menor de edad, nieta de la accionante, al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía como cotizante dependiente, como quiera que no es posible afiliarla al Sistema General de Seguridad Social, en el régimen contributivo o subsidiado. Lo anterior, ya que el no estar afiliada a algún régimen de salud constituye una violación flagrante de los derechos fundamentales de la menor de edad a la salud, en conexidad con el derecho a la vida e integridad física, quien constituye un sujeto de especial protección constitucional, por ser menor de edad y encontrarse en condición de discapacidad.

(xii) No obstante, esta decisión implicaría sin embargo que la accionante asumiera la cotización correspondiente para inscribirla al régimen especial de salud. En consecuencia y dado que sobre la actora recae la carga y responsabilidad económica de su hija y de su nieta, y teniendo en cuenta que de conformidad con la información que obra en el expediente su sustento proviene de la pensión de sobreviviente de su difunto esposo por parte del Ministerio de Defensa, la Corte encuentra que la medida a adoptar es ordenar a la accionada que no se le cobre el pago del aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación, por su nieta dependiente bajo la figura de “cotizante dependiente”.

Por consiguiente, la Sala también autorizará al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía para que repita en contra del Fosyga los costos en que incurra por la atención y tratamientos médicos a la menor afiliada.

(xiii) De otra parte, esta Corte con el fin de garantizar los derechos fundamentales a la salud, en conexidad con el derecho a la vida e integridad física de la menor de edad agenciada, sujeto de especial protección constitucional, quien además padece diversas enfermedades y discapacidades físicas y cognitivas, condición que debe ser atendida de manera inmediata; la Corte no puede dejar de reiterar, igualmente de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia de este Tribunal, la obligación constitucional respecto del cuidado y atención de los menores de edad recae en orden de responsabilidad en la familia, la sociedad y el Estado, respectivamente. 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 de la abuela de la niña irán 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 hija a este sistema de salud como su

beneficiaria; o hasta cuando se determine su afiliación al régimen subsidiado.

A este respecto, en lo que atañe a la situación de la madre de la niña agenciada, de la información aportada al expediente, se deriva que adquirió la mayoría de edad, situación que empero no significa que adquiriera una independencia económica respecto de su madre, de la cual, depende económicamente. De otra parte, en relación con el padre de la menor agenciada, la Corte reitera que según información que obra en el expediente, éste se encuentra actualmente desempleado, razón por la cual no puede responder económicamente por la menor.

Teniendo en cuenta lo anterior, las órdenes dadas por la Corte sobre la afiliación de la menor, se mantendrán hasta tanto los progenitores de la menor, bien sea el padre o la madre del niño, estén en capacidad para afiliarse al régimen contributivo del sistema general de salud y puedan afiliar a su hija en condición de beneficiaria de los mismos.

Finalmente, con respecto a la afiliación de los padres de la niña 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 la madre de la menor depende económicamente de su progenitoria, y el padre se encuentra desempleado.

6.4.10 Conclusión y medidas a adoptar

En síntesis, la Corte concluye que en la acción de tutela interpuesta por la señora Ana Cecilia Duarte Huertas, quien actúa a nombre propio y de su nieta Lizeth Natalia Cautiva, menor de edad en estado de discapacidad, mediante la cual reivindica la protección de los derechos fundamentales de su nieta, especialmente el derecho a la Seguridad Social y la Salud, en conexidad con el derecho a la vida e integridad personal, los cuales considera que están siendo vulnerados por la Dirección de Sanidad del Ministerio de Defensa Nacional, al negarle la afiliación a su nieta al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía, no solo es procedente sino que debe prosperar, por violación directa de los artículos 44 y 13 de la Constitución Política, así como por desconocimiento del precedente jurisprudencial de esta Corporación en la materia, de conformidad con las reglas, razones y los argumentos expuestos en detalle en esta providencia.

En consecuencia, esta Sala colige que el derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida e integridad física de la niña Lizeth Natalia Cautiva Rivera están siendo vulnerados al no estar afiliada a un sistema de seguridad social en salud que le pueda brindar el tratamiento médico integral necesario para responder a su estado de salud y de discapacidad, y por tanto, se encuentra desprotegida, no obstante ser un sujeto de especial protección constitucional, frente al cual se deben adoptar medidas afirmativas para responder a su estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta.

Por lo anterior, en la parte resolutive de esta sentencia, la Sala adoptará las siguientes medidas (i) concederá el amparo del derecho fundamental a la Seguridad Social en Salud, en conexidad con el derecho a la vida e integridad personal de la niña Lizeth Natalia Rivera Cuitiva; (ii) revocará la sentencia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en Sentencia del 27 de febrero de 2013; (iii) ordenará a la Dirección de Sanidad Militar del Ministerio de Defensa, la afiliación de la niña o menor de edad en el Sistema especial de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional –SSMP-, con el fin de que le presten todos los servicios de salud y le inicien o continúen el tratamiento integral que requiere la menor Lizeth Natalia Rivera Cuitiva, según las prescripciones de atención y rehabilitación que sean ordenadas por el médico tratante y que correspondan a su estado de salud y a su condición de discapacidad; (iv) determinará que el concepto de los profesionales de la salud obligará al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional a llevar a cabo y prestar todos los servicios médicos que requiera la menor Lizeth Natalia Rivera Cuitiva, en los términos ordenados por su médico tratante para la atención médica y rehabilitación de la menor; (v) determinará que las condiciones de afiliación de la niña al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía solo podrán variar cuando los padres de la menor agenciada accedan al Sistema General de Salud en el régimen contributivo o subsidiado, o alguno de ellos esté afiliado en calidad de cotizante a algún sistema excepcional avalado por la Ley 100 de 1993; (vi) ordenará al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía que la menor Lizeth Natalia Rivera Cuitiva sea afiliada en calidad de beneficiaria, sin exigir para el efecto las prestaciones de tipo económico ni las garantías previstas por el artículo 40 del Decreto 806 de 1998 y 2º del Decreto 47 de 2000 o cualquier otra norma que los complemente, derogue o modifique. Esta protección sólo operará hasta cuando la menor modifique su calidad de beneficiario de su abuela, por la de beneficiaria de alguno de sus padres en el régimen contributivo o ingrese al régimen subsidiado de seguridad social en salud; (vii) autorizará al Sistema de

Salud de las Fuerzas Militares y de Policía para repetir contra el FOSYGA los costos en los que incurra por la atención y tratamientos médicos a la menor de edad Lizeth Natalia Rivera Cuitiva, y que en virtud de la regulación vigente, no le corresponda asumir; y (viii) comunicará la presente decisión al Ministerio de Salud, al Defensor del Pueblo, y al Procurador General de la Nación, con el fin de solicitarles que, dentro de la órbita de sus competencias constitucionales y legales, hagan el seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas mediante 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.- CONCEDER, por las razones expuestas, el amparo del derecho fundamental a la Seguridad Social en Salud, en conexidad con el derecho a la vida e integridad personal de la niña Lizeth Natalia Rivera Cuitiva, quien además se encuentra en estado de discapacidad, cuyos derechos fueron egenciados por su abuela Ana Cecilia Duarte Huertas, frente a la Dirección de Sanidad del Ministerio de Defensa, por negar la afiliación de su nieta al Sistema de Seguridad Social en Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. En consecuencia, REVOCAR la sentencia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en Sentencia del 27 de febrero de 2013, en donde resolvió “Confirmar el fallo impugnado por medio del cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá”, mediante el cual se negó la pretensión de tutela al derecho fundamental a la seguridad social en salud, invocado por la ciudadana Ana Cecilia Duarte Huertas, en nombre de su nieta Lizeth Natalia Rivera Cuitiva, contra la Dirección de Sanidad Militar.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Dirección de Sanidad Militar del Ministerio de Defensa, que en el perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, adopte todas las medidas necesarias para la afiliación o inscripción efectiva de la niña Lizeth Natalia Rivera Cuitiva, en nombre de quien se interpuso la presente tutela, en calidad de beneficiaria de su abuela inscrita en el Sistema especial de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional -SSMP-, con el fin de que le presten todos los servicios de

salud y le inicien o continúen el tratamiento médico integral que requiere la menor, según las prescripciones de atención y rehabilitación que sean ordenadas por el médico tratante y que correspondan a su estado de salud y a su condición de discapacidad.

CUARTO.- DETERMINAR QUE las condiciones de afiliación de la niña al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía solo podrán variar cuando los padres de la menor agenciada accedan al Sistema General de Salud en el régimen contributivo o subsidiado, o alguno de ellos esté afiliado en calidad de cotizante a algún sistema excepcional avalado por la Ley 100 de 1993.

QUINTO.- ORDENAR al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía que la menor Lizeth Natalia Rivera Cuitiva sea afiliada en calidad de beneficiaria, sin exigir para el efecto las prestaciones de tipo económico ni las garantías previstas por el artículo 40 del Decreto 806 de 1998 y el artículo 2º del Decreto 47 de 2000 o cualquier otra norma que los complemente, derogue o modifique. Esta protección sólo operará hasta cuando la menor modifique su calidad de beneficiaria de su abuela, por la de beneficiaria de alguno de sus padres dentro del régimen contributivo o ingrese al régimen subsidiado de seguridad social en salud.

SEXTO.- AUTORIZAR al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía para repetir contra el FOSYGA los costos en los que incurra por la atención y tratamientos médicos de la menor de edad Lizeth Natalia Rivera Cuitiva, y que en virtud de la regulación vigente, no le corresponda asumir.

SEPTIMO.- COMUNICAR la presente decisión al Ministerio de Salud, al Defensor del Pueblo, y al Procurador General de la Nación, con el fin de SOLICITARLES que, dentro de la órbita de sus competencias constitucionales y legales, hagan el seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas mediante esta providencia.

OCTAVO.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

[1] Ver Sentencia T- 363 de 2008.

[2] Inicialmente, este Tribunal sostuvo que las afectaciones al derecho a la salud podían ser resueltas en sede de tutela siempre que se demostrara su conexidad con derechos como la vida, la dignidad o el mínimo vital. No obstante, para el caso de sujetos de especial protección constitucional como las personas de la tercera edad y los niños, la jurisprudencia había señalado que este derecho adquiriría el carácter de fundamental autónomo.

[3] Ver Sentencia T-705 de 2011.

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

[5] Sentencia T-625 de 2009.

[6] Ver Sentencia T-625 de 2009

[7] Sentencia T-613 de 2007.

[8] El 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”.

[9]Auto 006 de 1996.

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

[11]Sentencias T-462 de 1993, T-605 de 2005 y T-165 de 2006.

[12] Ver en este sentido también la Sentencia T-625 de 2009

[13]Ibídem.

[14] Sentencia T- 363 de 2008.

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

[16] Sentencia T-625 de 2009

[17] Ibidem

[18] Sentencia T-625 de 2009

[19] Ver entre otras las Sentencia de tutela T-597-03, T-1218-04 y T-361-07.

[20] Sentencia T-625 de 2009.

[21] Ver Sentencia T-625 de 2009.

[22] Observación no. 14 del Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Documento E/C.12/2000/4 de Agosto 11 de 2000.

[23] Ver sentencia T-760 de 2008. En dicha sentencia se hace referencia a la Observación General N° 14 (2000) ‘El derecho del más alto nivel posible de salud’.

[24] Ibídem. El Comité señala que deben incluirse “(i) los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, (ii) la atención anterior y

posterior al parto, (iii) los servicios obstétricos de urgencia y (iv) el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información.” (Observación General N°14).

[25] Para el Comité, esto implica, por ejemplo, “(i) la adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales; (ii) la necesidad de velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas; (iii) la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos.” (Observación General N°14).

[26] *Ibídem*. Para el Comité, estos contenidos del derecho “exigen que se establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento, como las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/SIDA”. El derecho a tratamiento comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de socorro en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. “La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas.” (Observación General N°14).

[27] Para el Comité este derecho contempla (i) “el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; (ii) programas de reconocimientos periódicos; (iii) tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; (iv) el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental.” También advierte el Comité que se debe mejorar y fomentar la participación de la población en la prestación de servicios médicos preventivos y curativos, como la organización del sector de la salud, el sistema de seguros y, en particular, la participación en las decisiones políticas relativas al derecho a la salud, adoptadas en los planos comunitario y nacional.” (Observación General N°14).

[28] Sentencia T-855/10

[29] Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

[30] Sentencia T-084 de 2011

[31] Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[32] Sentencia T-084 de 2011

[33] Ver al respecto la Sentencia T-907 de 2004

[34] Sobre el desarrollo jurisprudencial de estos derechos, pueden consultarse, entre otras, las sentencias SU-819 de 1999, T-1279 de 2001, T-1314 de 2005, T-270 de 2007, T-862 de 2007, T-212 de 2008, T-604 de 2008, T-760 de 2008, T-346 de 2009 y T-371 de 2010.

[35] Ver Sentencia T-824 de 2010.

[36] Artículo 13 Constitucional.

[37] Sentencia T-037 de 2006.

[38] - Sentencia T-705 de 2011

[39] Sentencia C-507 de 2004.

[40] Sentencias C-041 de 1994 y T-391 de 2009.

[42] Sentencias T-964 de 2007 y T-170 de 2010.

[43] Respecto del derecho a la salud de los menores pueden consultarse las Sentencias T-705 de 2011, T-625 de 2009, y T-170 de 2010, entre otras.

[44] *Ibídem*.

[45] Sentencia T-195 de 2010.

[46] Sentencia T-170 de 2010. Ver también la Sentencia T-126 de 2008.

[47] Ver Sentencia T-625 de 2009

[48] En efecto en la sentencia citada se estudiaron las siguientes providencias: T-200 de 1993, T-067 de 1994, T-068 de 1994, T-204 de 1994, T-430 de 1994, T-432 de 1994, T-001 de 1995, T-020 de 1995, T-131 de 1995, T-640 de 1997, T-514 de 1998, T-556 de 1998, T-338 de 1999 y T-179 de 2000.

[49] Sentencia T-824 de 2010

[50] Ver Sentencia T-127 de 2007. Consultar también Sentencia T-824 de 2010.

[51] Sentencia T-862 de 2007.

[52] Adicional a las consideraciones anteriores sobre las normas internacionales sobre discapacidad, en esta oportunidad la Corte analizó la Ley 1306 de 2009. Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados.

[53] Sentencia T-824 de 2010.

[54] Ver Sentencia T-907 de 2004

[55] MP. Jaime Córdoba Triviño

[56] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

[57] Art. 1 Decreto 1795 de 2000

[58] Art. 2 Decreto 1795 de 2000

[59] Art. 3 Decreto 1795 de 2000. Ver Sentencia T-154 de 2010.

[60] Art. 3 Decreto 1795 de 2000. Consultar ibidem.

[61] Sentencia C-979 de 2002.

[62] Ibidem.

[63] Ver Sentencia T-154 de 2010.

[64] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[65] Ver Sentencia T-154 de 2010.

[66] Ibidem.

[67] Sentencia T-209 de 1999.

[68] Cfr. páginas 29, 49 y 58 de la referida sentencia.

[70] Sentencia T-789 de 2003.

[71] Sentencia T-907 de 2004.

[72] Sobre la protección constitucional reforzada de personas de la tercera edad o en estado de debilidad manifiesta, en especial con respecto a la permanencia en el Sistema y al principio de continuidad en el servicio ver, entre otras, las sentencias T-157 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-456 de 2007 (MP Alvaro Tafur Galvis), T-1077 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-660 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo), y T-154 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Estas decisiones judiciales, a las que se hará referencia posteriormente, coinciden con precedentes similares que la jurisprudencia constitucional ha adoptado en el contexto de otros sub-regímenes de salud; ver por ejemplo, la sentencia T-015 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), que adopta una decisión similar en el contexto del Sistema de Salud del Magisterio.

[73] Ver sentencias T-456 de 2007 y Sentencia T-564 de 2010.

[74] Corte Constitucional, sentencia T-907 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). En este caso se consideró que las Fuerzas Militares habían violado el derecho del nieto de la accionante al haberlo retirado del Sistema de Salud, SSMP, pues no se tuvo en cuenta que en la realidad, el menor dependía de la abuela.

[75] Consultar Sentencias T-625 de 2009.

[76] Al respecto las tutelas T-907 de 2004, T-907 de 2004 y T-939 de 2001.

[77] Ver Sentencia T-015 de 2006.

[78] Ver sentencias T-1199-05, T-953-03, T-544-02 y T-134-02.

[79] Consultar las Sentencias de tutela T-1093 de 2007 y T-1035 de 2006.

[80] Sentencia T-1093 de 2007.

[81] 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.

[82] Ver Sentencias de tutela T-015, T-153, T-594, y T-1028 todas del 2006, en donde se estudió y concedió la afiliación de progenitores de cotizantes como beneficiarios del sistema especial de salud del Magisterio bajo la figura de cotizantes dependientes.

[83] Sentencia de tutela T-907-04.

[84] Ver Sentencia de tutela T-907-04.

[85] Ver Sentencias de tutela T-907 de 2004, T-1093 de 2007 y T-1035 de 2006.

[86] Sentencia de tutela T-907-04.

[87] Ver Sentencias T-1093 de 2007 y T-1035 de 2006.

[88] Sentencia de tutela T-613 de 2007