

Sentencia T-635/07

ACCION DE TUTELA-Casos en que procede para proteger el derecho a la salud

Según la jurisprudencia de la Corte el amparo constitucional del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos últimos casos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Requisitos que se deben demostrar

La urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. El juez de tutela debe garantizar de manera efectiva la satisfacción de este derecho, en aquellos casos en que se discute la conveniencia médica de una determinada prestación en materia de salud. Esto, mediante la prerrogativa que prima facie tiene el derecho fundamental a la autonomía personal. En dichas situaciones resulta especialmente importante para el juez de amparo, la determinación de que el proceso de decisión de aplicación de un tratamiento o medicamento, tiene tanto una prohibición como una obligación, que son componentes de la calidad en la prestación del servicio como elemento esencial del derecho de salud. De un lado, se prohíbe de manera general que el juez sustituya criterios médicos por criterios jurídicos, por lo cual sólo se autoriza al mencionado juez, ordenar tratamiento y/o medicamentos que previamente hayan sido prescritos por el médico tratante. De otro, es deber del juez de tutela velar por el ejercicio del derecho a la autonomía de los pacientes,

mediante órdenes que posibiliten a éstos decidir libre y concientemente sobre el sometimiento a ciertos tratamientos médicos, cuando la negativa de su reconocimiento se sustenta en razones de inconveniencia.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Afiliación al sistema

PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD Y PROGRESIVIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance

Estos principios estructuran la garantía del acceso a las prestaciones en materia de salud e informan no sólo las disposiciones de la Ley 100 de 1993, sino que son pertinentes también “respecto de todos los regímenes exceptuados y especiales que existen en nuestro país. Ello es así, como quiera que lo que se pretende es permitir que todos los habitantes del territorio nacional tengan acceso a los servicios de salud en condiciones dignas, lo que se enmarca dentro de los principios de universalidad y progresividad, propios de la ejecución de los llamados derechos prestacionales, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la salud”.

PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD Y PROGRESIVIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Línea jurisprudencial

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Efectividad de los principios constitucionales y legales de universalidad, progresividad y protección integral de la familia en los servicios de salud

DERECHO A LA SALUD-Padres de cotizantes sin capacidad económica para afiliarse a modalidad diferente a la de beneficiarios de sus hijos

La Corte ha revisado también casos en los cuales se ha tratado concretamente de la cobertura en salud de padres de los cotizantes, en los que los primeros carecen de capacidad económica para afiliarse en alguna modalidad distinta a la de beneficiarios de los últimos. En punto de lo anterior, se han desarrollado líneas jurisprudenciales, cuyos criterios conjugan la aplicación de tres principios fundamentales de la prestación del servicio de salud, que contienen las obligaciones de: (i) lograr el ingreso de todas las personas al sistema, tal como se acaba de explicar (derecho a estar afiliado al sistema), (ii) de continuidad en la prestación de los servicios de salud, y (iii) protección especial a personas en estado de indefensión y de

ciertos grupos especialmente vulnerables.

DERECHO A LA SALUD DE LOS PADRES DE LOS DOCENTES DEL MAGISTERIO-Prohibición de desafiliación del sistema de seguridad social

Los criterios jurisprudenciales desarrollados en las sentencias de revisión de los casos de los padres de los docentes del magisterio, se dirigen a determinar algunas de las situaciones en las que resulta de aplicación estricta, la prohibición de desafiliación del sistema de seguridad social en salud. Verificó la Corte en estos casos, que se vulneró la obligación de continuidad en la prestación del servicio, y que se desatendió el deber de protección reforzada de personas de edades, condiciones de salud y económicas, que los colocaban en estado de indefensión.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Inexistencia de vulneración por incumplimiento de los requisitos señalados por la jurisprudencia para prohibir la desafiliación

La situación actual de la demandante no representa fundamento suficiente, para que la prohibición de desafiliación del sistema de seguridad social en salud, derive en la obligación de la entidad demandada de mantenerla afiliada en calidad de beneficiaria. Esto, en razón a que no se cumple ninguno de los eventos a partir de los cuales, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado los criterios según los cuales, junto a la prohibición de desafiliación va aparejada la obligación de reestablecer una afiliación. En efecto, la demandante no es una persona de la tercera edad, ni de edad avanzada, ni padece una enfermedad catastrófica, ni se encuentra recibiendo un tratamiento médico.

Referencia: expediente T-1599559

Acción de tutela interpuesta por Nubia Stella Sánchez contra la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares.

Magistrado ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., quince (15) de agosto de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Catalina Botero Marino y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA.

Dentro de los procesos de revisión de los fallos de tutela, en el asunto de la referencia, dictados por el Tribunal Superior de Bogotá - Sala Civil -, el 18 de enero de 2007, en primera instancia; y por la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil -, el 27 de febrero de 2007, en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

1. La señora Nubia Stella Sánchez, de 43 años de edad, se encontraba afiliada al servicio de salud de las Fuerzas Militares de Colombia, en calidad de beneficiaria de su hijo Darwin Ruiz Sánchez, quien pertenece a la Armada Nacional.

1. A partir del 25 de diciembre de 2006, le fueron suspendidos los servicios de salud, en razón a que el núcleo familiar de su hijo había cambiado, por lo cual no podía seguir afiliando a su madre como beneficiaria.

1. Alega la señora Nubia Stella Sánchez, que ha padecido de tiempo atrás (lo acredita desde el año 2000) de distintas dolencias físicas relacionadas con su predisposición al cáncer. En el 2002 padeció de un carcinoma epidermoide de célula grande no queratinizante e infiltrante en biopsia. En el 2005 se le diagnosticó una condición fibroquística bilateral con recomendación de seguimiento clínico cada año, a raíz de un absceso mamario.

1. Por lo anterior interpone acción de tutela y solicita que se ordene a la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares, hacer lo pertinente para que no sea desvinculada del servicio de salud, como beneficiaria de su hijo. Alega que requiere continuidad en el cuidado de su salud, por su predisposición hereditaria al cáncer; por ello no puede quedar desafiliada del sistema de seguridad social en salud, lo que en efecto ha sucedido pues depende económicamente de su hijo, y no puede acceder una afiliación de manera independiente.

Pruebas relevantes que obran en los expedientes.

1. Concepto médico expedido por el Hospital Militar Central donde se recomienda seguimiento médico cada año. (Fl.10 Cuad. # 1)

1. Diagnóstico de carcinoma expedido por la Liga Nortesantandereana de lucha contra el cáncer. (Fl. 14 Cuad # 1)

1. Prescripciones médicas relacionadas con los tratamientos adelantados respecto de la condición fibroquistica bilateral a raíz de un absceso mamario. (Fls. 16 a 20 Cuad. # 1)

1. Declaración extrajuicio de dependencia económica de demandante respecto de su hijo. (Fls. 8 Cuad # 1)

1. Oficio No. 8677 del 21 de diciembre de 2006, en el que establece la conformación del núcleo familiar del hijo de la demandante (Fl. 26 Cuad # 1)

1. Escrito de la demanda de tutela (Fls. 1 a 7 Cuad # 1).

1. Escrito de contestación de la demanda de tutela por parte del encargado de las funciones de la Dirección de Sanidad armada Nacional. (Fls. 27 y 28. Cuad # 1)

1. Sentencia de tutela de primera instancia (Fls. 29 y 34 Cuad # 1).

1. Escrito de impugnación de la Sentencia de tutela de primera instancia. (Fls. 38 a 42 Cuad # 1)

1. Sentencia de tutela de segunda instancia (Fls. 4 a 10 Cuad # 2).

Fundamentos de la Tutela

La demandante alega que requiere continuidad en el cuidado de salud, porque presenta predisposición hereditaria al cáncer, por lo que no puede quedar desafiada del sistema de seguridad social en salud. Afirma que depende económicamente de su hijo, por lo cual no puede acceder a la afiliación a dicho sistema de manera independiente. Agrega que la continuidad en los controles ordenada por los médicos tratantes convierte su situación en una especial, que hace pertinente la protección de su derecho a la salud y la vida por el juez de tutela. Explica que el artículo 24 del decreto 1795 de 2000, contempla la posibilidad de que los oficiales y suboficiales en servicio activo que cuenten con cónyuge o compañero permanente, como es el caso de su hijo, pueden igualmente afiliar a sus padres al servicio como sus beneficiarios. Lo anterior, siempre que se trate de Oficiales y Suboficiales 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.

Contestación de la Dirección de Sanidad de la Armada Nacional

La entidad demandada argumenta que el cotizante Darwin Ruiz Sánchez, hijo de la demandante, se encuentra recibiendo subsidio familiar equivalente al 30 % del total de su ingreso base, en razón a que de su núcleo familiar forma parte su cónyuge o compañera permanente (según oficio No. 8677 del 21 de diciembre de 2006). Por lo anterior, afirma que no resulta posible continuar prestándole el servicio médico a la madre del afiliado, en la modalidad de beneficiaria. Y, agrega que al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto Ley 1795 de 2000, la demandante y su esposo pueden afiliarse a la EPS que elijan. Con ello, "...queda desvirtuada la presunta vulneración de los derechos fundamentales", además, porque en su opinión, la Administración no ha hecho cosa diferente a aplicar las regulaciones jurídicas vigentes.

Decisiones judiciales objeto de revisión.

Sentencia de primera instancia

El a quo considera que la entidad demandada ha aplicado correctamente el literal d) del artículo 24 del decreto 1795 de 2000, el cual estipula que en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, la afiliación del cotizante podrá extenderse a sus padres sólo a falta de cónyuge o compañero permanente o de hijos con derechos. Y, la excepción de lo anterior es únicamente para los padres de Oficiales y Suboficiales 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. Afirma entonces, que en el expediente no aparece probado que el cotizante, hijo de la demandante, cumpla con la fecha de ingreso que configura la excepción en mención, por lo cual se encuentra en el supuesto de hecho que impide la afiliación de sus padres como beneficiarios de su servicio de salud. Agrega que la demandante cuenta con otros mecanismos para controvertir la decisión de la accionada, aunque no aclara cuáles.

Sentencia de segunda instancia

El ad quem confirma la decisión de primera instancia, reitera los argumentos, y agrega que la actora cuenta con la posibilidad de acceder al servicio de salud, afiliándose al Sistema de Seguridad Social en Salud, en el régimen subsidiado o en el contributivo.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Planteamiento del caso y del problema jurídico.

2.- La señora Nubia Stella Sánchez, de 43 años de edad, se encontraba afiliada al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares de Colombia, en calidad de beneficiaria de su hijo Darwin Ruiz Sánchez, quien pertenece a la Armada Nacional. El 21 de diciembre de 2006 (mediante oficio No. 8677) el Centro Nacional de Afiliación de dicho Subsistema manifiesta que el señor Ruiz Sánchez recibe un subsidio familiar equivalente al 30 % del total de su ingreso base, en razón a que de su núcleo familiar forma parte su cónyuge o compañera permanente. Por ello, en atención al literal d) del artículo 24 del decreto 1795 de 2000, el cual estipula que para los miembros de las Fuerzas Militares la afiliación del cotizante podrá extenderse a sus padres sólo a falta de cónyuge o compañero permanente o de hijos con derechos, no se renovó la afiliación de la demandante (madre del señor Ruiz Sánchez).

La actora interpone acción de tutela, y alega que requiere continuidad en el cuidado de su salud, porque presenta predisposición hereditaria al cáncer. De ahí, que no pueda quedar desafiada del sistema de seguridad social en salud, lo que en efecto ha sucedido pues depende económicamente de su hijo, por lo cual no puede acceder una afiliación de manera independiente.

La entidad demandada responde que no puede dejar de aplicar la regulación pertinente (literal d) del artículo 24 del decreto 1795 de 2000), por lo cual si el afiliado tiene como beneficiarios al cónyuge o compañero permanente o a los hijos, no se pueden incluir también como beneficiarios a los padres. Agrega que la actora cuenta con la posibilidad de afiliarse al sistema de salud en régimen subsidiado o el contributivo.

Los jueces de tutela hallan razón en la argumentación de la entidad demandada, y consideran que el literal d) del artículo 24 del decreto 1795 de 2000, es claro en el sentido de establecer que la afiliación de los padres del cotizante es un beneficio supletorio de la inexistencia de cónyuge o compañero permanente o de hijos con derechos. Por ello, teniendo

en cuenta que en el caso concreto el afiliado cuenta dentro de su núcleo familiar con cónyuge o compañera permanente, no se puede incluir como beneficiaria de su servicio de salud a la madre. Además, no encuentran amenazados o vulnerados los derechos fundamentales de la actora, en tanto ésta cuenta con la posibilidad de ingresar nuevamente al sistema de salud a través del régimen subsidiado o del contributivo.

Problema Jurídico

3.- A partir de lo anterior, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si se han amenazado o vulnerado los derechos fundamentales de la señora Nubia Stella Sánchez, al negarse la renovación de su afiliación como beneficiaria del servicio médico de su hijo, a raíz de la aplicación de la disposición reglamentaria que contempla la imposibilidad de afiliar como beneficiarios del cotizante a sus padres, cuando éste incluye como beneficiarios de dicho servicio al cónyuge o compañero permanente, o a sus hijos.

Asunto previo. Protección del derecho a la salud por acción de tutela. Reiteración de Jurisprudencia.

4.- La Corte ha sostenido que el artículo 49 de la Constitución Política, establece que la salud, en favor de todos los habitantes del territorio Nacional, es tanto un derecho como un servicio público¹. Por ello, surge la obligación del Estado de organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad².

5.- Con todo, ha explicado este Tribunal Constitucional que el mencionado derecho a la salud, no es un derecho cuya protección se pueda brindar prima facie por vía de tutela. La garantía de este derecho implica el reconocimiento de que su faceta prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano. Además, al igual que numerosos enunciados normativos de derechos constitucionales, el derecho a la salud tiene la estructura normativa de principios -mandato de optimización- y, en esa medida, tiene una doble indeterminación, normativa y estructural, la cual debe ser precisada por el intérprete, por ejemplo, mediante la determinación de las prestaciones que lo definen. En este contexto, se debe tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los

recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela. Así, según la jurisprudencia de la Corte el amparo constitucional del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos últimos casos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios.

Respecto de los dos supuestos descritos, ha sostenido la Corte Constitucional de igual manera, que el juez de tutela debe garantizar de manera efectiva la satisfacción de este derecho, en aquellos casos en que se discute la conveniencia médica de una determinada prestación en materia de salud. Esto, mediante la prerrogativa que prima facie tiene el derecho fundamental a la autonomía personal. En dichas situaciones resulta especialmente importante para el juez de amparo, la determinación de que el proceso de decisión de aplicación de un tratamiento o medicamento, tiene tanto una prohibición como una obligación, que son componentes de la calidad en la prestación del servicio como elemento esencial del derecho de salud. De un lado, se prohíbe de manera general que el juez sustituya criterios médicos por criterios jurídicos, por lo cual sólo se autoriza al mencionado juez, ordenar tratamiento y/o medicamentos que previamente hayan sido prescritos por el médico tratante. De otro, es deber del juez de tutela velar por el ejercicio del derecho a la autonomía de los pacientes, mediante órdenes que posibiliten a éstos decidir libre y concientemente sobre el sometimiento a ciertos tratamientos médicos, cuando la negativa

de su reconocimiento se sustenta en razones de inconveniencia.³

6.- En relación con el primer criterio la Corte ha señalado que, “(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo.”⁴ De ahí, que en el caso de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se pueda afirmar que el derecho a la salud encuentra un contenido evidente cuya garantía resulta indiscutible.

Respecto de la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que recientemente el legislador (Ley 1122/07 art. 41) confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan mediante fallo en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. La competencia en dicha materia fue circunscrita a controversias relativas a: (i) negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del(a) usuario(a); (ii) reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.⁵

Por lo anterior, respecto de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, se puede concluir que en los casos de amenaza o vulneración del mismo a causa de la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se debe agotar en principio el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Esto, previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede prodigar en el caso concreto. Pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que

autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección. El mismo análisis vale para el caso de los tres supuestos restantes del artículo 41 de la ley 1122 de 2007, en los que resulta procedente el nuevo mecanismo diseñado por el legislador.

Respecto del segundo criterio cabe señalar que la incapacidad económica para acceder a servicios excluidos de los planes obligatorios, al conjugarse con sucesos concretos como las condiciones particulares – en relación con su especial consagración en la Constitución- de quien alega la posibilidad de acceder a ellos, o como los eventos que rodean la situación en que se solicita su garantía, pueden derivar en el desconocimiento del carácter indivisible e interdependiente⁶ de los llamados derechos civiles y políticos, y los derechos económicos sociales y culturales. El concepto mismo de salud, enmarcado dentro de los derechos económicos sociales y culturales, se define a través de elementos relacionados con el favorecimiento y realización de aspectos como la vida, la dignidad y el desarrollo, los cuales a su vez se han enmarcado dentro de los derechos civiles y políticos. En este sentido, la Corte ha reconocido que si en un caso concreto se determina que la falta de garantía del derecho a la salud trae como consecuencia hacer nugatorio su mismo alcance conceptual, entonces su protección debe brindarse por el juez constitucional.

No resulta pues razón suficiente, cuando se presentan las situaciones descritas, que los ciudadanos no puedan reclamar y acceder a prestaciones excluidas de los planes obligatorios por el sólo hecho de no tener como asumir su costo. De un lado, la Corte Constitucional ha definido el principio de justicia que procura que los servicios de la medicina se brinden en la sociedad equitativamente entre la población, “... que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts 13 y 49)”⁷. De otro, el inciso final del artículo 13 de la Constitución de 1991, establece una clara obligación en cabeza del Estado de proteger especialmente a personas en condiciones desfavorables, incluso de índole económica. Y, la protección que el juez de tutela brinda en estos casos, no es más que el cumplimiento de dicha obligación.

Sobre el derecho a estar afiliado al sistema de salud

7.- De los principios que inspiran el sistema de seguridad social en Colombia, se desprende el derecho a estar afiliado al sistema de seguridad social en salud, con el consecuente acceso efectivo a las prestaciones que el derecho a la salud garantiza. A pesar de que gran parte de

la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha dedicado a determinar las reglas de protección de las mencionadas prestaciones, debe tenerse en cuenta que un presupuesto esencial para que sea viable esta protección consiste en procurar una garantía a priori, cual es la de estar dentro del sistema. La estructura del sistema de seguridad social, en general, y de salud, en particular, en nuestro país convierte lo anterior en una condición necesaria para hacer posible el acceso a los servicios de salud, pues el sistema está diseñado para ofrecer sus prestaciones a favor de aquellas personas que lo conforman.

De este modo, las herramientas jurídicas para lograr la protección del derecho a la salud, resultan inocuas para quienes no forman parte del sistema. De ahí, que cobre enorme relevancia constitucional la efectividad de aquellos mecanismos para alcanzar la inclusión en dicho sistema.

La situación de las personas que se encuentran excluidas es más urgente respecto de conseguir una protección efectiva de su derecho fundamental a la salud. Mientras que quienes forman parte del sistema deben agotar el procedimiento tendiente a la garantía de alguna prestación en materia de salud, quienes están excluidos del sistema de seguridad social en salud deben, primero, lograr la satisfacción de los requerimientos para ingresar al sistema para, luego, aspirar a que se tomen las medidas concretas necesarias para que se proteja su salud. Por ello, el evento consistente en estar incluido en el sistema es un derecho, que obra como condición para garantizar el cumplimiento de las prestaciones que constituyen la prestación del servicio a la salud. Sin la garantía efectiva de dicho derecho, no es posible a su vez la garantía del contenido específico del derecho fundamental a la salud.

8.- Lo descrito encuentra suficiente sustento normativo en nuestro sistema jurídico. Uno de los principios que inspira el sistema de seguridad social es el de la universalidad (art.49 C.P.), cuyo sentido inspira a su turno al legislador y demás autoridades para garantizar la efectividad del “derecho irrenunciable a la seguridad social” de todas las personas, atendiendo igualmente un mandato de progresividad.⁸ Es por ello que “las normas de seguridad social exigen ser interpretadas y aplicadas con un sentido incluyente y progresivo (tendiente a la universalidad), que permita hacer efectiva <la garantía de protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de su vida>.”⁹ [T-456 de 2007]

Estos principios estructuran la garantía del acceso a las prestaciones en materia de salud e informan no sólo las disposiciones de la Ley 100 de 1993, sino que son pertinentes también “respecto de todos los regímenes exceptuados y especiales que existen en nuestro país. Ello es así, como quiera que lo que se pretende es permitir que todos los habitantes del territorio nacional tengan acceso a los servicios de salud en condiciones dignas, lo que se enmarca dentro de los principios de universalidad y progresividad, propios de la ejecución de los llamados derechos prestacionales, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la salud”¹⁰.

9.- La Corte se ha pronunciado sobre la realización de los principios de universalidad y progresividad en materia de salud, ha sostenido que:

“...para la búsqueda de esa cobertura universal, en la que el mayor número posible de personas alcance un grado cierto y real de protección de su seguridad social, el legislador ha establecido en el caso de la salud, la afiliación obligatoria de todas las personas con capacidad de pago (trabajadores o independientes) y en el caso de las personas sin recursos económicos, la prestación de un servicio de salud subsidiado (basado en la solidaridad), en el que, por limitaciones de orden financiero, se opta por dar prioridad a grupos poblacionales en especial estado de debilidad.¹¹

Puede quedar entonces un grupo importante de personas sin garantía de seguridad social en salud, bien por no tener capacidad de pago para integrarse al régimen contributivo, bien por no alcanzar los beneficios estatales del régimen subsidiado¹². Esta zona de desprotección es constitucionalmente indeseable y en esa medida, tanto la ley como las autoridades administrativas y los prestadores del servicio, deben facilitar antes que restringir la integración efectiva de las personas al sistema de seguridad social en salud.

Por tanto, el envío a este último sector de grupos poblacionales que antes tenían cobertura del régimen de salud constituye en principio un retroceso que atenta contra la progresividad del sistema y el mandato constitucional de la seguridad social como derecho efectivo de todas las personas (art.48)¹³.

Así mismo, constituye una regresión del derecho a la salud la expulsión de una persona que se encuentra vinculada a la seguridad social, cuando sin atender los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y progresividad y sin tener en cuenta

condiciones especiales de protección constitucional reforzada (tercera edad, situaciones de debilidad manifiesta, grave riesgo a la vida, garantía de una vida digna), se acude a una interpretación restrictiva (no incluyente o positiva) de los criterios que permiten la vinculación y permanencia de las personas en el sistema de salud¹⁴.” [T-456 de 2007]

10.- En la citada T-456 de 2007, la Corte sistematizó las acciones tomadas por el legislador para lograr una regulación incluyente en seguridad social en salud. Esto, independientemente de que se trate del régimen general o de los regímenes especiales, y con énfasis en que respecto de los últimos las autoridades encargadas de aplicarlos deben optar siempre por una interpretación en favor del derecho a estar incluido en el sistema de salud. Así, se dijo en la citada T-456 de 2007 que:

“...para cumplir con este propósito de cobertura universal el legislador ha optado, incluso en los regímenes especiales, por acudir a la familia como instrumento de adhesión que permite extender la cobertura del servicio y reducir el margen de personas no amparadas. De esta forma, tanto los regímenes contributivos (general y especiales) como el subsidiado, señalan que es deber del afiliado vincular a su grupo familiar al sistema de salud¹⁵. También se ordena que ese grupo familiar deba estar inscrito en una misma entidad promotora de salud¹⁶.

Eso explica que más allá de las particularidades de los regímenes especiales a los que alude el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en ellos también se haya establecido por el legislador que los afiliados cotizantes son el medio de ingreso al sistema de salud de las personas que conforman su núcleo familiar y que no tienen capacidad de pago propia. El legislador se vale entonces de los deberes de solidaridad de la familia (art. 42 C.P.) y a través del régimen de beneficiarios hace que los miembros cotizantes actúen como centro de atracción al sistema de quienes dependen económicamente de ellos; por esta vía se extiende el ámbito de cobertura del sistema y se reduce el margen de población desprotegida.¹⁷

(...)

La familia, como núcleo fundamental de la sociedad, cuyas relaciones responden a vínculos naturales de cohesión y solidaridad y que incluso genera obligaciones civiles entre sus miembros (como el deber de alimentos entre cónyuges, hermanos, ascendientes y descendientes -art. 411 C.C.-), pasa a ser un elemento integrador alrededor del cual el

legislador busca hacer efectivo el mandato constitucional de universalidad en la cobertura de la seguridad social en salud, no solamente a título de servicio público, sino como derecho constitucionalmente reconocido a todas las personas (art. 49 C.P.).

Por tanto, si una persona puede mantener afiliado al sistema a un miembro de su núcleo familiar sin capacidad económica ni otras alternativas de cobertura, especialmente cuando este último se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, debe facilitarse el cumplimiento de ese deber de solidaridad, antes que dejar expuesto a ese beneficiario a una total desprotección del servicio de salud¹⁹.”

De lo expuesto se puede concluir que a la aplicación de las normas de seguridad social en salud en cualquiera de los regímenes, debe mediar una interpretación que de cuenta del carácter universal del servicio, esto es, una interpretación incluyente. Esto implica que la mencionada aplicación de estas regulaciones debe arrojar como resultado la efectividad de los principios constitucionales y legales de universalidad, progresividad y protección integral de la familia, en el marco fijado por el legislador dentro de su ámbito de configuración normativa en materia de organización del servicio público de salud²⁰.

11.- Ahora bien, en relación con el régimen especial de las Fuerzas Militares, en sentencia T-841 de 2006 se sostuvo que “resulta contraria a los principios constitucionales de solidaridad, de continuidad en la prestación del servicio de salud y de protección especial a personas en situación de debilidad manifiesta, una interpretación literal del ordenamiento jurídico en materia de salud y seguridad social de la Fuerza Pública que se oriente a <restringir o impedir la continuidad del acceso a los servicios médicos a una persona por el solo hecho de ser desvinculada, cuando dichos servicios se requieren necesariamente para su rehabilitación y son prestados en razón de condiciones patológicas que pueden ser directamente atribuibles al servicio>²¹. Con base en ello, la Corte ordenó que la Dirección de la Armada Nacional continuara prestando la atención especializada -hospitalaria, terapéutica y farmacológica-, a un oficial retirado de la institución.”²²

Adicional a lo expuesto, la Corte ha revisado también casos en los cuales se ha tratado concretamente de la cobertura en salud de padres de los cotizantes, en los que los primeros carecen de capacidad económica para afiliarse en alguna modalidad distinta a la de beneficiarios de los últimos. En punto de lo anterior, se han desarrollado líneas

jurisprudenciales, cuyos criterios conjugan la aplicación de tres principios fundamentales de la prestación del servicio de salud, que contienen las obligaciones de: (i) lograr el ingreso de todas las personas al sistema, tal como se acaba de explicar (derecho a estar afiliado al sistema), (ii) de continuidad en la prestación de los servicios de salud, y (iii) protección especial a personas en estado de indefensión y de ciertos grupos especialmente vulnerables.

Como quiera que se acaba de desarrollar la primera de las obligaciones en mención, a continuación esta Sala de Revisión hará referencia a las dos últimas obligaciones, en relación con las líneas jurisprudenciales relativas a la afiliación, en la modalidad de beneficiarios, de los padres de los cotizantes.

Prohibición de desafiliación del Sistema de Seguridad Social en Salud cuando se interrumpen tratamientos y protección de grupos de personas especialmente vulnerables.

12.- Tal como se explicó, existen obligaciones consistentes en prestar el servicio de salud de manera continua, así como brindarlo sin restricciones de orden administrativo y/o reglamentario a grupos de especial protección constitucional. De dichas obligaciones se desprende la prohibición de desafiliación del sistema cuando esta situación implique, (i) no respetar la continuidad en la aplicación de algún tratamiento o medicamento, o (ii) dejar sin servicio de salud a una persona perteneciente a un grupo de especial protección constitucional.

13.- A este respecto, la Corte Constitucional se ha encargado ya del estudio de casos de padres de cotizantes, que no cuentan con medios económicos para acceder al sistema de salud de manera independiente, o por cualquier otra modalidad distinta a ser beneficiarios de sus hijos. Se analizó entonces, la regulación de las alternativas de afiliación en calidad de beneficiarios. Sobre el particular, por ejemplo la citada T-456 de 2007 indicó que “[e]l artículo 163 de la Ley 100 de 1993 establece que el Plan Obligatorio de Salud tiene cobertura familiar y que para tales efectos podrán afiliarse como beneficiarios al cónyuge o al compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; a los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; a los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y

dependan económicamente del afiliado. También señala que “a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste”²³.

Sobre el último supuesto se concluye que la afiliación de los padres dependientes económicamente de sus hijos, está sujeta a que del núcleo familiar del(a) afiliado(a) principal no formen parte ni cónyuge o compañero(a) permanente, ni hijos con derechos, pues en tal caso éstos serán los únicos beneficiarios legales.

14.- En relación con lo anterior, en sentencia C-1032 de 2006 se estudió la constitucionalidad del contenido normativo según el cual la afiliación de los padres dependientes en calidad de beneficiarios, sólo es posible a falta de otros afiliados con mejor derecho (cónyuge o compañero(a) e hijos).

“Al respecto la Corte señaló que en el caso de los afiliados que tienen cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o dependientes de él, no existe una desprotección para los padres, porque a pesar de que no pueden ser inscritos como beneficiarios directos (art. 163 de la Ley 100 de 1993) el sistema general de seguridad social establece una alternativa real y efectiva para garantizar su integración al sistema. En tales eventos, los hijos cotizantes pueden incluir voluntariamente a sus padres dentro de su grupo familiar -si existe dependencia económica-, mediante el pago de un aporte adicional, tal como establece el artículo 40 del Decreto 806 de 1998²⁴”

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

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

subsistencia propios para afiliarse de manera independiente al sistema de seguridad social en salud.” [T-456 de 2007]

15.- Por tanto, el régimen general de seguridad social en salud garantiza el derecho de los padres dependientes a tener cobertura en salud a través de sus hijos cotizantes, (i) como beneficiarios cuando el aportante no tiene cónyuge, compañero o hijos con derechos, (ii) como cotizantes dependientes o afiliados adicionales cuando ocurre lo contrario, caso en cual, mediante el pago de un aporte adicional el interesado podrá afiliar a sus padres y, en general, a quienes tengan un vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad (arts. 40 D.806/98 y 1º D.2400/02). A estas dos alternativas habría que agregar, por supuesto, aquellas establecidas en las normas que regulan el Sistema de Seguridad Social (art. 157 L.100/93), como regla general para todas las personas en Colombia, (iii) como afiliada al régimen contributivo (art. 26 D.806/98), o (iv) como afiliada al régimen subsidiado (arts. 157 y 211 L.100/93).²⁵

16.- Los criterios generales descritos son pertinentes no sólo en el caso del régimen general de seguridad social en salud, sino también en el de los regímenes de especiales. Justamente, en materia de regímenes especiales, desarrolló la jurisprudencia constitucional recientemente los criterios bajo los cuales se debe aplicar de manera estricta la prohibición de desafiliación del sistema de Seguridad Social en Salud. Varios casos fueron revisados por la Corte Constitucional, a propósito de un mismo hecho generador de las vulneraciones y amenazas de los derechos fundamentales de distintas personas, que se encontraban afiliadas como beneficiarias en salud de sus hijos vinculados al Magisterio como docentes.

En los casos referenciados, los demandantes eran beneficiarios de los servicios médicos asistenciales ofrecidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), de conformidad con lo previsto en la Ley 91 de 1989 y el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, normas que reconocen dicho régimen especial de seguridad social. Este servicio era prestado a través de instituciones prestadoras de salud contratadas por el FNPSM, quienes ofrecían la atención médica dentro de los márgenes de cobertura familiar fijados por el Fondo. El Consejo Directivo del FNPSM, por medio del Acuerdo No. 4 del 22 de julio de 2004, modificó algunos aspectos del sistema de servicios médicos asistenciales a su cargo. Como consecuencia de esta modificación, el FNPSM reformuló las coberturas en los términos de referencia para la contratación de las instituciones prestadoras de servicios de salud, en el

sentido de excluir a los padres de los educadores casados o solteros con hijos.

17.- En estas tutelas, T-015, T-153, T-228, T-267 y T-594 de 2006, la Corte argumentó que en consideración al derecho a estar afiliado al sistema (en virtud del carácter universal y progresivo de la seguridad social) de Seguridad Social en Salud, no se podía suspender el servicio de salud a los beneficiarios de los aportantes, sin dar alternativas reales y efectivas para continuar incluido en dicho sistema. Esto, por cuanto (i) no se puede suspender la continuidad en la aplicación de tratamientos y/o medicamentos, en tanto existe un derecho en dicho sentido, y (ii) no pueden quedar desamparados de las prestaciones del derecho fundamental a la salud, las personas que por su condición, son sujetos de especial protección constitucional.

Sostuvo la Corte en los casos citados, que la desvinculación de los padres dependientes trae como consecuencia dejarlos desprotegidos, con lo que se vulnera su derecho a la salud. “[C]uando los padres padecen una enfermedad catalogada como catastrófica y no se encuentran afiliados al sistema de seguridad social en salud, ni en el régimen contributivo, ni en el subsidiado, la tutela es procedente..., [pues] impedir que los hijos que velan económicamente por sus padres dependientes los afilien al régimen al que ellos mismos se encuentran afiliados (así se trate de un régimen especial) viola claros preceptos constitucionales y legales”²⁶.

Igualmente, se reiteró que “esta Corporación ha señalado entonces que no puede presentarse una suspensión abrupta de los servicios frente a un tratamiento iniciado, cuando con ello se amenazan o vulneran derechos de rango constitucional, o incluso alguno que no goce de tal carácter, pero que se encuentre inescindiblemente vinculado a otro que sí lo tenga. Al respecto ha afirmado que es claro que la EPS que presta un servicio de salud no puede comprometer súbitamente la continuidad del mismo, dado que una de las obligaciones primordiales de las entidades que aseguran y prestan el servicio de salud, sean ellas estatales o particulares, es la de garantizar su continuidad, sin interrupciones ni dilaciones injustificadas.”²⁷

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

contrariaban los principios de progresividad y continuidad en materia de seguridad social en salud, al privar a los padres de los docentes de una prerrogativa ya consolidada dentro del régimen especial del magisterio. En igual sentido, lo anterior fue complementado en la sentencia T-456 de 2007, con lo sostenido al respecto por la Corte en sentencia C-671 de 200228.

En dicha oportunidad se hizo “énfasis en la relevancia constitucional de los vínculos de solidaridad entre padres e hijos y, en esa medida, en la legitimidad de los mecanismos orientados a que los adultos mayores puedan acceder al sistema de salud por medio del grupo familiar del cual forman parte, incluso si se trata de regímenes especiales de salud como los de los educadores y los miembros de las Fuerzas Militares. Como se dijo en la Sentencia T-015 de 2006 anteriormente citada <(…) en principio, no constituye una carga exorbitante exigirle a los hijos que contribuyan a la prestación de los servicios de salud para sus padres pagando la cotización correspondiente para inscribirlos en un régimen de salud. Esa carga es exigible a los hijos en virtud del principio de solidaridad>.”²⁹

18.- Se ordenó pues en las referidas sentencias, de un lado, al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que, dentro del término de un (1) mes contado a partir de la notificación de la sentencia, definiera las condiciones con fundamento en de las cuales los padres de los afiliados al Fondo, que no gozaran de una pensión y dependieran económicamente de sus hijos, podrían acceder al servicio de salud del magisterio, como cotizantes dependientes.³⁰ Y de otro, que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la sentencia, el Fondo volviera a prestar a los demandantes la atención médica requerida, de la misma manera que se brindaba en el pasado; y llamó la atención sobre que las condiciones de su prestación sólo podrían variar a partir del momento en que el Consejo Directivo del Fondo regulara la figura de los cotizantes dependientes.³¹

19.- Se reitera entonces, que los criterios jurisprudenciales desarrollados en las sentencias de revisión de los casos de los padres de los docentes del magisterio, se dirigen a determinar algunas de las situaciones en las que resulta de aplicación estricta, la prohibición de desafiliación del sistema de seguridad social en salud. Verificó la Corte en estos casos, que se vulneró la obligación de continuidad en la prestación del servicio, y que se desatendió el deber de protección reforzada de personas de edades, condiciones de salud y económicas,

que los colocaban en estado de indefensión.

A la luz de los anteriores criterios se analizará el caso concreto objeto de revisión.

Caso concreto.

20.- La señora Nubia Stella Sánchez, de 43 años de edad, se encontraba afiliada al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares de Colombia, en calidad de beneficiaria de su hijo Darwin Ruiz Sánchez, quien pertenece a la Armada Nacional. Fue desvinculada de dicho servicio en razón a que del núcleo familiar del señor Ruiz Sánchez forma parte su cónyuge o compañera permanente; y, en atención al literal d) del artículo 24 del decreto 1795 de 2000, la afiliación del cotizante podrá extenderse a sus padres sólo a falta de cónyuge o compañero permanente o de hijos con derechos.

La actora interpone acción de tutela, y alega que requiere continuidad en el cuidado de su salud, porque presenta predisposición hereditaria al cáncer. De ahí, que no pueda quedar desafiliada del sistema de seguridad social en salud, lo que en efecto ha sucedido pues depende económicamente de su hijo, por lo cual no puede acceder una afiliación de manera independiente.

La entidad demandada, así como los jueces de tutela argumentan que no se puede dejar de aplicar la regulación pertinente (literal d) del artículo 24 del decreto 1795 de 2000), por lo cual si el afiliado tiene como beneficiarios al cónyuge o compañero permanente o a los hijos, no se pueden incluir también como beneficiarios a los padres. Agregan que la actora cuenta con la posibilidad de afiliarse al sistema de salud en régimen subsidiado o el contributivo.

Inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales

21.- Sobre lo anterior, esta Sala de Revisión encuentra que la situación actual de la demandante no representa fundamento suficiente, para que la prohibición de desafiliación del sistema de seguridad social en salud, derive en la obligación de la entidad demandada de mantenerla afiliada en calidad de beneficiaria. Esto, en razón a que no se cumple ninguno de los eventos a partir de los cuales, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado los criterios según los cuales, junto a la prohibición de desafiliación va aparejada la obligación de reestablecer una afiliación. En efecto, la demandante no es una persona de la tercera edad,

ni de edad avanzada, ni padece una enfermedad catastrófica, ni se encuentra recibiendo un tratamiento médico.

Como se vio, se encuentra demostrado por un lado, la edad de la actora, y por otro, que presenta antecedentes de tratamientos, procedimientos y diagnósticos médicos relacionados con el cáncer³², pero no que en la actualidad padezca de cáncer. Por el contrario, de los documentos relacionados con su estado de salud, obrantes en el expediente, se concluye que no padece de cáncer en la actualidad. Además, tampoco está siendo objeto de tratamiento médico alguno, y en relación con esta situación, sólo alega que los médicos tratantes han recomendado al menos una revisión al año de carácter preventivo. Y, de ello no se puede concluir prima facie, que su desafiliación implique la suspensión de un tratamiento, luego la vulneración del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud.

Ahora bien, según las pruebas halladas en el expediente, la actora sí tiene antecedentes de que su estado de salud se ha visto frecuentemente amenazado por dolencias relacionadas con el cáncer. Y, aunque ello es suficiente para acreditar la necesidad permanente del servicio de salud, en relación con dicha condición, no lo es para determinar que dicha necesidad deba establecerse a cargo de la entidad demandada. Pues, a pesar de tratarse de una persona no pensionada y dependiente económicamente, surge la alternativa, que es a la vez deber de las autoridades públicas, de ingresar al sistema de salud, a través de la afiliación al régimen subsidiado.

22.- En relación con lo expresado, se podría afirmar que en caso objeto de análisis, esta Sala de Revisión no ha aplicado de manera estricta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, consistente en que no resulta indispensable que existan prestaciones pendientes en materia de salud, para que se configure interrupción en la continuidad de la prestación del servicio. En efecto, sobre ello se ha sostenido que el concepto de prestación integral del servicio de salud, incluye la garantía efectiva hacia futuro de prestaciones no específicas, pero determinables.³³

Lo anterior tampoco resulta un argumento suficiente, pues en el caso de la señora Nubia Stella Sánchez las prestaciones frente a las que ha quedado desprotegida, y que son todas aquellas que surgen de su predisposición al cáncer descrita por los médicos, pueden ser reconocidas por el sistema de salud por medio de su ingreso al mismo en el régimen

subsidiado. La ausencia de factores que hagan urgente la protección, en razón a la condición personal y de salud de la actora, permite concluir que los mecanismos y alternativas legales y administrativas diseñadas para que los(as) ciudadanos(as) ingresen al sistema de salud, resultan idóneos para suplir la necesidad de la demandante de acceder al servicio de salud.

Como se ha dicho, en el presente caso la demandante cuenta con 43 años de edad, y no se encuentra probado que en la actualidad padezca de cáncer, no obstante su condición de salud requiere, como se verificó, seguimiento en relación con dicha enfermedad. Ello significa que puede hacer uso de otras alternativas de acceso al sistema de salud. Valga decir, de conformidad con el artículo 157 la Ley 100 de 1993, como afiliada al régimen contributivo (art. 26 D.806/98), o como afiliada al régimen subsidiado (arts. 157 y 211 L.100/93).

Si bien en los casos que configuran las líneas jurisprudenciales que se reconstruyeron, relativos a la prohibición general de desafiliación del sistema de salud, se dijo que la afiliación al régimen contributivo no era una alternativa real, esta afirmación no tiene cabida en el presente caso, pues la situación de la demandante no es la misma que la de los actores de los casos pasados. Esto, en tanto que por la edad de la tutelante, no sería acertado afirmar que su actual situación económica no pueda ser superada, como si era acertado aseverarlo en los casos citados de los padres y madres de docentes del Magisterio. Sin embargo si ello no es posible, la demandante del presente caso puede hacer uso del régimen subsidiado.

Lo anterior, resulta suficiente para confirmar la decisión de tutela revisada, en el sentido de no ordenar a la entidad demandada reestablecer la afiliación de la demandante. No obstante, antes de declarar lo propio en la parte resolutive de esta sentencia, la Sala se ocupará de un último asunto, relativo al alcance del contenido del literal d) del artículo 24 del decreto 1795 de 2000, del cual se solicitaba su inaplicación en el presente caso.

23.- En relación con el contenido del literal d) del artículo 24 del decreto 1795 de 2000, que establece la posibilidad de afiliación de los padres como beneficiarios de sus hijos (miembros de las fuerzas militares) sólo a falta de cónyuge o compañero(a) permanente, o hijos con derechos, considera la Sala que su aplicación no resulta en manera alguna en detrimento de los derechos fundamentales de la demandante. Aunque, sí podría serlo en casos distintos al de la actora, en los que, tal como se ha señalado en líneas jurisprudenciales reseñadas en el

acápites anteriores, la persona desafiliada presente ciertas condiciones personales o de salud. En estos eventos procedería la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

En efecto, en sentencia T-456 de 2007 se estudió un caso similar al que ocupa ahora la atención de la Sala, relativo al padre y a la madre de una persona vinculada a las Fuerzas Militares, que resultaron desafiliados del sistema de salud de dicha entidad (al cual se encontraban afiliados en calidad de beneficiarios de su hija), porque la cotizante incluyó como su beneficiario en salud a su hijo recién nacido. En aquella oportunidad, la Sala Octava de Revisión fundamentó igualmente la solución del caso en los criterios jurisprudenciales desplegados en las sentencias de los padres y madres de los docentes del magisterio, desvinculados del servicio de salud. Y, la orden fue también restablecer la afiliación del padre y la madre a servicio de salud de las Fuerzas Militares, en calidad de beneficiarios de su hija, así como restablecer la atención en la forma y condiciones en que se venía prestando antes de la desafiliación.

24.- Según lo expuesto, si bien en el caso sub iudice, como se ha explicado suficientemente, no procede conceder el amparo solicitado, conviene señalar que en los casos de los padres y madres de docentes del magisterio, se instó a la autoridad pertinente para determinar las condiciones bajo las cuales dichos padres y madres podrían acceder al servicio de salud del magisterio en calidad de cotizantes dependientes. Lo que culminó, con la expedición de la respectiva reglamentación por parte del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.³⁴ Lo anterior, surge para el presente caso como una tercera alternativa para que la tutelante acceda al sistema de seguridad social en salud.

Así pues, en los casos citados se partió del hecho de que en el sistema general existe la modalidad de cotizantes dependientes o afiliados adicionales, en la que mediante el pago de un aporte adicional el interesado podrá afiliarse a sus padres y, en general, a quienes tengan un vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad (arts. 40 D.806/98 y 1º D.2400/02).

De este modo, la Sala encuentra que el anterior análisis es aplicable al presente caso, y por ello la Corte Constitucional insta a la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares, o a quien corresponda, para que reglamente la posibilidad de que los miembros de las Fuerzas Militares afilien a sus padres en calidad de cotizantes dependientes. Así como ocurre en el

régimen general, y bajo la premisa de que los regímenes especiales no pueden ser menos favorables para los afiliados que el régimen general.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de segunda instancia dictada por la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil -, el 27 de febrero de 2007, dentro del proceso de tutela adelantado por Nubia Stella Sánchez contra la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares, en el sentido de no conceder el amparo solicitado por la demandante.

SEGUNDO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

CATALINA BOTERO MARINO

Magistrada (E)

CON ACLARACION DE VOTO

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaría General

1 En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

2 Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

3 Sobre la relevancia constitucional y el alcance de los análisis del juez de tutela en relación con el proceso de decisión de aplicación de un tratamiento o medicamento a un paciente, así como sobre la distinción entre razones de falta de idoneidad de un lado, e inconveniencia de otro, para negar el reconocimiento de éstos, se puede consultar entre otras la sentencia T-234 de 2007.

4 Sentencia T-859 de 2003.

5 Ley 1122 de 2007: "Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.”

6 Cfr. Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

7 SU-337 de 1999

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

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

10 T-153 de 2005, reiterada entre otras en la T-456 de 2007.

11 [Cita del aparte transcrito] Al respecto la legislación establece: Art. 157 de la Ley 100 de 1993. (...) “2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de

Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.”

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

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

14 [Cita del aparte transcrito] Sentencias T-153 y 228 de 2006.

15 [Cita del aparte transcrito] El artículo 160 de la Ley 100 establece por ejemplo que uno de los deberes de los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud es “Afiliarse con su familia” 15. Por su parte, el artículo 25 del Decreto 1795 de 2000 (Régimen especial de las Fuerzas Militares) señala que son deberes de los afiliados de ese sistema “afiliar a sus beneficiarios como grupo familiar en un solo régimen”, así como “procurar el cuidado integral de su salud, la de sus familiares y la de la comunidad”.

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

17 [Cita del aparte transcrito] “En sentencia C-089 de 1998, al estudiar una demanda contra

los artículos 19 y 20 de la Ley 352 de 1997 [Por la cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía], que a juicio del demandante resultaban inconstitucionales por extender la cobertura del sistema especial de salud de las Fuerzas Militares al personal civil y a los beneficiarios de éste y del personal militar, la Corte señaló que al establecer el régimen correspondiente para los miembros de la Fuerza Pública el legislador no estaba obligado a excluir forzosamente a quienes sin ser militares -como los beneficiarios- tienen una relación estrecha, normalmente de índole familiar con aquéllos, <pues ello significaría suponer que, por la función que cumplen, tales miembros no tienen allegados ni responsabilidades con ellos, ni interés en que su salud esté cabalmente protegida>. Por tanto, dijo la Corte, en materia de seguridad social y salud no puede interpretarse que los sistemas especiales deban ser rígidamente exclusivos, “ni tampoco más gravosos para quienes se supone deberían ser precisamente las personas beneficiadas por ellos, quienes, si prosperara en este punto la demanda, tendrían que asumir por su cuenta y de manera íntegra todo lo concerniente a la salud de las personas que de ellos dependen.> [C-089/98]

En esa medida, la Corte consideró que no era inconstitucional que el personal civil y los beneficiarios de éste y del personal militar formaran parte del sistema especial de seguridad social en salud de las Fuerzas Militares. A este respecto, la Corte ha resaltado en distintas ocasiones que sin perjuicio del deber constitucional que le corresponde al Estado de velar por los derechos fundamentales de las personas, la familia está llamada a prestarle a sus miembros más cercanos la atención y asistencia requerida en desarrollo del principio de solidaridad: <La sociedad colombiana (...) sitúa inicialmente en la familia las relaciones de solidaridad. Esta realidad sociológica, en cierto modo reflejada en la expresión popular ‘la solidaridad comienza por casa’, tiene respaldo normativo en el valor dado a la familia como núcleo fundamental (CP. art. 42) e institución básica de la sociedad (CP. art. 5). En este orden de ideas, se justifica exigir a la persona que acuda a sus familiares más cercanos en búsqueda de asistencia o protección antes de hacerlo ante el Estado, salvo que exista un derecho legalmente reconocido a la persona y a cargo de éste, o peligren otros derechos constitucionales fundamentales que ameriten una intervención inmediata de las autoridades (CP art. 13)> Sentencia T-533 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Igualmente, puede verse la Sentencia C-174 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía, en la que se señaló que: <El deber de alimentos así como la porción conyugal son instituciones fundadas en el principio de solidaridad que impregna el conjunto de las relaciones familiares>. También pueden verse las sentencias T-1330 de 2001 y T-015 de 2006.”

18 [Cita del aparte transcrito] Numeral 3º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993.

19 [Cita del aparte transcrito] Sentencia T-015 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

20 En la T-456 de 2007 se complementó esto como lo siguiente: “Sobre la potestad de configuración normativa del legislador en esta materia la Corte ha dicho que si bien es amplia, no significa que <sea admisible cualquier regulación, ya que no sólo la Constitución Política señala unos principios básicos de la seguridad social y del derecho a la salud, que tienen que ser respetados por el Congreso, sino que además la ley no puede vulnerar otros derechos y principios constitucionales.> (Sentencia T-153 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil)

21 [Cita del aparte transcrito] Sentencia T-841 de 2006.

22 Reiterada en la T-456 de 2007.

23 Énfasis del texto

24 ARTICULO 40. OTROS MIEMBROS DEPENDIENTES. Cuando un afiliado cotizante tenga otras personas diferentes a las establecidas anteriormente, que dependan económicamente de él y que sean menores de 12 años o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, podrán incluirlos en el grupo familiar, siempre y cuando pague un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente según la edad y el género de la persona adicional inscrita en el grupo familiar, establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En todo caso el afiliado cotizante deberá garantizar como mínimo un año de afiliación del miembro dependiente y en consecuencia la cancelación de la UPC correspondiente. Este afiliado se denominará cotizante dependiente y tiene derecho a los mismos servicios que los beneficiarios. [Parcialmente modificado por el artículo 1º del Decreto 2400 de 2002 que establece la forma en que se determina el monto del pago adicional para la afiliación de los cotizantes dependientes].

25 A partir de esto se concluyó que: “los padres sin capacidad económica cuyos hijos deciden legítimamente formar una familia, no se ven expuestos a ser expulsados del sistema y a quedar sin ningún tipo de amparo en salud, sino que mantienen una opción real y efectiva de mantener la cobertura que han alcanzado, pues como afiliados adicionales ´tienen derecho a

los mismos servicios que los beneficiarios'. Por tanto, no hay en principio retroceso en la efectividad del derecho." [T-456/07]

26 Sentencia T-456 de 2007.

27 Sentencia T-270 de 2005, citada en la T-015 de 2006.

28 En la Sentencia C-671 de 2002 la Corte revisó la situación de los padres de los policías y militares vinculados a la institución castrense con anterioridad a 1989 y 1990, respectivamente, quienes por excepción (no es la regla general) tienen acceso directo al sistema de salud si dependen económicamente de sus hijos, pero únicamente mientras estos últimos se encuentren en situación de servicio activo (parágrafo 3º del artículo 24 del Decreto 1795 de 2000). Ello significaría que cuando esta calidad desaparece (la del servicio activo) los padres perderían la cobertura en salud que tenían hasta ese momento y podrían ser desvinculados del sistema. En la esta sentencia se declaró exequible el parágrafo 3º del artículo 24 del Decreto 1795 de 2000 pero en el entendido que "sus padres del personal militar y de policía que dejan el servicio activo] podrán continuar siendo beneficiarios del SSMP, siempre y cuando no tengan la posibilidad de ser beneficiarios de ningún otro sistema de seguridad social en salud". (se subraya)

29 T-456 de 2007, citando los argumentos de la C-671 de 2002.

30 Sobre esta orden, conviene señalar que en la Sentencia T-442 de 2006, mediante la que se revisaba también el caso de los padres de un docente del Magisterio, que habían sido desvinculados del servicio de salud al que accedían como beneficiarios de su hijo, la Corte consideró que existía un hecho superado, pues ya se había expedido una reglamentación que permitía la afiliación de los padres de los docentes como cotizantes dependientes (similar a la existente en el régimen general de seguridad social). Las sentencias T-515A, T-573, T-602 y T-1028 de 2006, también declararon la existencia de un hecho superado bajo los mismos supuestos antes señalados. (T-456 de 2007)

31 Esta orden se dio en el sentido descrito en la T-015 de 2007, y se reiteró en las sentencias T-153, T-228, T-267 y T-594 de 2006.

32 Así, a folio 14 (Cuad # 1) se encuentra el diagnóstico de carcinoma expedido por la Liga

Nortesantandereana de lucha contra el cáncer, a folios 16 a 20 (Cuad. # 1) prescripciones médicas relacionadas con los tratamientos adelantados respecto de la condición fibroquística bilateral a raíz de un absceso mamario, y a folio 10 (Cuad. # 1) concepto médico expedido por el Hospital Militar Central donde se recomienda seguimiento médico cada año debido a su predisposición al cáncer.

33 Sobre el carácter integral de la prestación del servicio de salud, y la consecuente necesidad de reconocer prestaciones a futuro bajo la condición de que éstas resulten determinables, se puede consultar, entre otras, la sentencia T-583 de 2007

34 Cr. sentencia T-442 de 2006