

Sentencia T-907/04

ACCION DE TUTELA-Procedencia para prevenir un perjuicio irremediable en caso de menor no afiliado a régimen de seguridad social

PREVALENCIA DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Deber de las autoridades de tenerlo en cuenta

Es deber de las autoridades relacionadas con la prestación de servicios de salud, entre las cuales se cuenta el Director General de Sanidad Militar contra quien se dirigió la acción de tutela de la referencia, tener en cuenta en todos los casos que involucren niños que la protección, preservación y promoción de su interés superior y prevaleciente en materia de salud es el norte de cualquier actuación que les concierna, desde la interpretación del alcance de las propias competencias y de las normas que rigen los servicios de salud, hasta la ejecución material, el seguimiento, el control y la supervisión de su prestación. Si los funcionarios que gestionan y materializan en la práctica la prestación de los servicios de salud no obran en estos casos de tal manera que los derechos e intereses del menor involucrado sean sus objetivos prioritarios, desconocen las normas constitucionales, internacionales, legales y reglamentarias que gobiernan el ejercicio de sus funciones, amenazando o violando con ello los derechos fundamentales prevalecientes que están en riesgo.

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO Y PRINCIPIO DE INTERPRETACION CONFORME A LA CONSTITUCION-Contenido y aplicación

La Corte ha precisado que los funcionarios públicos encargados de dar aplicación a las normas constitutivas de dichos regímenes especiales de seguridad social, deben interpretar el alcance de tales normas, y de sus propias funciones, prestando especial atención al principio de interpretación conforme a la Constitución. En virtud de este parámetro, 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. Se tiene, por lo tanto, que las autoridades que integran el Subsistema de Salud de las Fuerzas

Militares, entre las que se cuenta el Director General de Sanidad Militar contra quien se dirigió la tutela, deben en todo caso aplicar la pauta hermenéutica de la interpretación conforme al determinar el alcance de las normas que rigen dicho Subsistema, y en consecuencia, prestar especial atención a la preservación de los derechos fundamentales que están en juego, particularmente si se trata de los derechos de sujetos de protección constitucional reforzada, como los niños.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE NIETO DE PENSIONADA DE LAS FUERZAS MILITARES/SUBSISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES-Orden para afiliación de nieto como beneficiario

La Sala debe precisar que en este caso no se está ordenando al Director General de Sanidad Militar que amplíe la cobertura del subsistema de salud de las fuerzas militares para que se incluyan los nietos de los afiliados en tanto beneficiarios, ya que como bien lo indica en su defensa, ello equivaldría a desconocer lo dispuesto expresamente en la norma. Tampoco se está ordenando a dicho funcionario que inaplique, para el caso concreto, las normas aplicables, con miras a inscribir al niño como nieto beneficiario de la actora. Ninguna de estas soluciones es procedente, porque como ya se explicó en los apartados anteriores, las características fácticas y jurídicas de la relación existente entre la señora y su nieto, hacen que ésta sea esencialmente diferente a la que existe entre los demás afiliados al subsistema de salud y los nietos que no se encuentran formal y materialmente bajo su custodia y cuidado personal. En ese orden de ideas, en lugar de ampliar el alcance de la norma o inaplicarla en el caso concreto, la Corte habrá de interpretarla de tal forma que se responda a la realidad fáctica y jurídica a la cual se habrá de aplicar y se materialicen, en el proceso de interpretación y aplicación normativos, los mandatos de la Carta Política. Así, teniendo en cuenta la situación del menor Nicolás Santiago Rodríguez y su situación de dependencia directa del cuidado y custodia de su abuela materna, así como las obligaciones derivadas para la señora de su condición de cuidadora del menor por mandato del ICBF, habrá de entenderse que la norma sí es aplicable a este caso individual y particular, puesto que en términos prácticos ha sido la señora quien ha cumplido el rol materno frente al menor Nicolás Santiago durante toda su vida, y por disposición del ICBF habrá de seguir cumpliendo materialmente con las obligaciones propias de ese rol hasta que se adopte una medida definitiva.

Referencia: expediente T-925376

Acción de tutela instaurada por Luz Margarita Andrade de Rodríguez en contra de la Dirección General de Sanidad Militar – Comando General de las Fuerzas Militares.

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de la sentencia del cinco (5) de mayo de dos mil cuatro (2004), proferida por el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá, que decidió sobre la acción de tutela instaurada por Luz Margarita Andrade de Rodríguez, en su condición de representante legal del menor Nicolás Santiago Rodríguez Andrade, en contra de la Dirección General de Sanidad Militar – Comando General de las Fuerzas Militares. La anterior sentencia fue remitida a la Corte Constitucional y seleccionada por la Sala de Selección Número Seis, mediante auto del diez (10) de junio de dos mil cuatro (2004), correspondiendo a la Sala Tercera de Revisión su conocimiento.

1. Hechos

1. Hechos relatados por la demandante.

Mediante acción de tutela interpuesta el día 22 de abril de 2004, la señora Luz Margarita Andrade de Rodríguez, obrando en su condición de representante legal del menor Nicolás Santiago Rodríguez Andrade, expuso los siguientes hechos:

1.1.1. La accionante, Luz Margarita Andrade de Rodríguez, es abuela materna del menor

Nicolás Santiago Rodríguez Andrade, en cuyo nombre actúa.

1.1.2. A la señora Andrade de Rodríguez le fue otorgada la custodia y cuidado personal del menor Nicolás Santiago Rodríguez Andrade, según consta en el acta de la diligencia celebrada en el ICBF de Bogotá.

1.1.3. La señora Andrade de Rodríguez tiene la calidad de pensionada de las Fuerzas Militares.

1.1.4. “Con el fin de cumplir con los deberes y obligaciones que implica la custodia y cuidado personal del menor Nicolás Santiago Rodríguez Andrade, la señora Luz Margarita Andrade de Rodríguez, en su calidad de pensionada de las Fuerzas Militares, y como tal vinculada al sistema de seguridad social, petitionó el 15 de enero del año que avanza, que su nieto Nicolás Santiago, fuera incluido dentro de la cobertura como beneficiario, para que recibiera los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y demás que se le pudieren presentar en un futuro”.

1.1.5. Mediante oficio No. 145229 CGM-DGSM-SAF-DL-730, con fecha 28 de enero de 2004, el Director General de Sanidad Militar respondió que la solicitud de inscribir como beneficiario al menor Nicolás Santiago Rodríguez Andrade “no era posible toda vez que el decreto 1795 de 2000, en su artículo 23 no tiene incluidos a los nietos expresamente”.

1.1.6. La respuesta del Director General de Sanidad Militar desconoce los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del menor Nicolás Santiago Rodríguez Andrade. Además, “con la interpretación efectuada por la Dirección General de Sanidad Militar, al negar la inscripción del menor Nicolás Santiago Rodríguez Andrade, como descendiente legítimo o natural de la cotizante Luz Margarita Andrade de Rodríguez, se incurre en un yerro que conlleva a la inaplicación y desconocimiento del artículo 411 del C.C., además que con ella se limita la figura de la descendencia, por cuanto da a entender que la descendencia llega únicamente hasta los hijos, interpretación que es absurda por cuanto la descendencia en su orden va de los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc.”.

1.1.7. En consecuencia, formula la presente petición: “solicito de su despacho, se me proteja el derecho a la seguridad social, es decir el derecho a obtener a que se le brinde y cubra los gastos correspondientes a salud, como beneficiario en el sistema de seguridad de las Fuerzas

Militares, a mi nieto Nicolás Santiago Rodríguez Andrade, y de igual modo a que se me proteja en el derecho fundamental e la salud entre otros derechos de los niños, que protege el artículo 44 de la Constitución Nacional”.

1. Pruebas aportadas por la demandante.

La accionante adjuntó a su demanda de tutela las siguientes pruebas documentales:

1.2.1. Copia de la respuesta otorgada el día 28 de enero de 2004 por el Director General de Sanidad Militar - Comando General de las Fuerzas Militares a la petición de la señora Luz Margarita Andrade de Rodríguez, en los términos siguientes:

“Con toda atención me permito acusar recibo de su petición de fecha 15 de enero de 2004, recibida en la Dirección General de Sanidad Militar en la misma fecha y radicada bajo el número 000260, mediante la cual usted solicita la afiliación al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares de su nieto Nicolás Santiago Rodríguez Andrade. Sobre el particular me permito manifestarle lo siguiente:

El Decreto 1795 del 14 de septiembre de 2000, ‘Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional’, contempla claramente quiénes tienen el derecho a ser inscritos como beneficiarios de nuestros afiliados cotizantes, a los cuales el SSMP puede brindar y cubrir los gastos correspondientes a salud. Me permito transcribir la mencionada norma en lo pertinente:

‘Artículo 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.

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 (...)'.

De la norma transcrita puede deducirse que los nietos no se encuentran enmarcados dentro de las personas que tienen el derecho a ser beneficiarios de nuestros afiliados cotizantes.

De igual manera me permito informarle que la Dirección General de Sanidad Militar al asumir la prestación de servicios a los nietos de nuestros afiliados cotizantes estaría incurriendo en una violación a la normatividad penal, incurriendo en el delito de peculado por aplicación oficial diferente.

Por lo anteriormente expuesto no resulta posible resolver favorablemente su petición.”

1.2.2. Constancia expedida por la Comisaría Primera de Familia de Tunja, en los términos siguientes: “la señora Luz Margarita Andrade de Rodríguez, identificada con CC NO. 41.328.177 de Bogotá, según acta celebrada en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de fecha veinticuatro (24) de octubre del año 2003, le fue entregado el cuidado personal del menor Nicolás Santiago Rodríguez Andrade y ella está respondiendo económicamente, por la integridad física y moral del menor, en calidad de abuela materna del menor y actual representante legal del niño. // Se expide en Tunja a los nueve (09) de diciembre del año 2003, a solicitud de la interesada con destino al Ministerio de Defensa Comando de la Armada Nacional, para que el menor sea afiliado como beneficiario al sistema de salud al cual pertenece la señora Luz Margarita Andrade de Rodríguez, quien es pensionada de su institución”.

1.2.3. Copia del Acta de la Diligencia de Custodia y Cuidado Personal Provisional del Menor Nicolás Santiago Rodríguez Andrade, realizada el 24 de octubre de 2003 ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Allí consta que dicho menor ha sido cuidado por sus abuelos maternos durante toda su vida, y que no está afiliado a ninguna EPS.

1. Contestación de la autoridad demandada

Mediante escrito presentado el día 29 de abril ante el juzgado de primera instancia, el Director General de Sanidad Militar - Comando General de las Fuerzas Militares dio contestación a la acción de tutela de la referencia, en los términos siguientes:

1. Del artículo 24 del Decreto Ley 1795 del 14 de Septiembre de 2000 “puede concluirse con total claridad que la cobertura no se extiende a los nietos de nuestros afiliados cotizantes”.

1.3.2. El citado Decreto Ley 1795 de 2000 dispone en su artículo 12 que el objeto de la dirección General de Sanidad Militar es el de “administrar los recursos del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares e implementar las políticas que emita el CSSMP y los planes y programas que coordine el Comité de Salud de las Fuerzas Militares respecto del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares”. Afirma el Director General de Sanidad Militar que “en cumplimiento de este precepto legal, la Dirección General de Sanidad Militar, debe velar por el correcto uso de los recursos financieros que le son asignados para la prestación de los servicios de salud a sus usuarios, garantizando que solamente le sean prestados a aquellas personas que se encuentran taxativamente relacionadas en la normatividad vigente.”

1.3.3. Por último, reitera que “la Dirección General de Sanidad Militar no puede asumir la prestación de los servicios de salud para los nietos, pues estaría violando la normatividad penal, incurriendo en el delito de peculado por aplicación oficial diferente”.

Por las anteriores razones, el Director General de Sanidad Militar solicita que la tutela de la referencia sea declarada improcedente.

2. Decisión del juez de primera instancia.

Mediante sentencia del día 5 de mayo de 2004, el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá resolvió denegar la acción de tutela de la referencia, con base en las siguientes consideraciones:

2.1. “La respuesta dada por el entutelado indica que las Fuerzas Militares en el sistema de salud tienen un régimen especial que se rige por normas especiales y que no se está violando derecho alguno, por cuanto la norma indicada claramente establece quiénes puede ser beneficiarios del sistema de seguridad social, y entre ellos no se encuentran contemplados los nietos”.

2.2. “Al accionado no se le puede obligar a que el menor sea cobijado con el sistema de seguridad social, por cuanto a la señora Luz Margarita Andrade se le dio fue la custodia y cuidado del menor mas no fue designada como tutota (sic) del mismo, y en estas condiciones el menor no puede ser beneficiario de los servicios que ella recibe ya que el Art. 24 enuncia claramente quiénes pueden ser beneficiarios y entre ellos no se encuentran los nietos. La accionante debe es acogerse a un plan de medicina prepagada para el menor a fin de que tenga servicios médicos cuando lo requiera”. No existe, así, para el juzgado de primera instancia, la violación de derechos fundamentales alegada por la tutelante.

Esta decisión no fue impugnada.

II. Consideraciones y Fundamentos

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero, y 241, numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas jurídicos a resolver

Con base en los hechos acreditados en el expediente, la Sala debe dar respuesta al siguiente problema jurídico:

Teniendo en cuenta que (i) el ICBF confirió a la señora Luz Margarita Andrade la custodia y cuidado personal de su nieto Nicolás Santiago Rodríguez Andrade, y que (ii) dicho menor ha sido cuidado durante toda su vida por la señora Andrade y su esposo, ¿se desconocieron los derechos fundamentales del niño Nicolás Santiago Rodríguez cuando el Director General de Sanidad Militar se negó a inscribirlo en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares en tanto beneficiario de la pensionada Luz Margarita Andrade, su abuela, invocando la ausencia

de una disposición normativa expresa que permitiera la afiliación de los nietos a dicho subsistema?

3. Procedencia de la acción de tutela

La acción de tutela, según ha establecido en repetidas oportunidades esta Corte, fue consagrada por el Constituyente como un mecanismo de naturaleza subsidiaria para la protección de los derechos fundamentales, que no se diseñó para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias. Por este motivo, el artículo 86 de la Carta dispone que dicha acción “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”.¹ La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha precisado que este mandato se debe interpretar en el sentido de que los medios alternos de defensa con que cuenta el interesado tienen que ser idóneos, esto es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso.² La idoneidad de los medios de defensa se debe evaluar, por lo tanto, en el contexto particular de cada caso individual, teniendo en cuenta las circunstancias específicas que afectan al peticionario, para así determinar si realmente existen alternativas eficaces de protección que hagan improcedente la tutela.

No obstante lo anterior, el mismo Constituyente introdujo una excepción a dicha regla, en el mismo artículo 86 Superior: a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, será procedente la acción de tutela cuandoquiera que “se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. La jurisprudencia de esta Corte³ ha señalado que para efectos de esta disposición, únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) cierto e inminente -esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable.⁴

Si bien los jueces de tutela deben ser estrictos en la aplicación de estos requisitos, para efectos de respetar el carácter subsidiario del mecanismo judicial en cuestión, existen casos en los que el análisis de procedibilidad de la tutela en el caso concreto se debe efectuar en

forma más amplia -esto es, menos estricta-, dada la naturaleza de las personas que solicitan amparo para sus derechos fundamentales: se trata de los casos en que estén de por medio los derechos de cualquiera de los sujetos de especial protección constitucional, tales como niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza. En tales situaciones, los jueces deben estudiar las características del perjuicio irremediable arriba explicadas con un criterio de admisibilidad más amplio, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad.⁵

En el caso bajo estudio, se busca mediante la acción de tutela que el menor Nicolás Santiago Rodríguez Andrade sea afiliado al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares en calidad de beneficiario de su abuela, Luz Margarita Andrade de Rodríguez, quien tiene a su cargo la custodia y el cuidado personal de su nieto por decisión del ICBF. Se observa, en primer término, que el menor Nicolás Santiago es un sujeto de especial protección constitucional, cuyo derecho a la salud es fundamental en sí mismo y tiene carácter prevaleciente (art. 44, C.P.), por lo cual la procedencia de la acción de tutela debe evaluarse desde una perspectiva de admisibilidad amplia y favorable a la preservación de los intereses del niño en mención. En tal orden de ideas, se tiene que si bien el conflicto bajo estudio -derivado de la negativa del Director General de Sanidad Militar a afiliar al menor al subsistema de salud de las Fuerzas Militares- cuenta con vías judiciales ordinarias para su resolución a las cuales puede acudir la peticionaria, no obstante, se ha demostrado en el expediente la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable si no se adopta una decisión pronta sobre el particular, ya que el menor Nicolás Santiago Rodríguez Andrade se encuentra actualmente en estado de desprotección en lo relativo a su salud, por no encontrarse afiliado como beneficiario a ninguno de los regímenes que conforman el sistema de seguridad social. En múltiples oportunidades, como se demostrará en el acápite subsiguiente, la Corte ha subrayado la importancia de la salud de los niños, en tanto bien constitucional que fue objeto del máximo grado de amparo dispensado por la Carta. Por lo tanto, sujetar a un niño a los riesgos de salud propios de su edad sin contar, para contrarrestarlos, con el respaldo del sistema de seguridad social en salud, equivale a permitir que por una discusión de tipo jurídico-administrativo (en torno a cuál es el sistema al que debe estar afiliado el menor) se ponga en riesgo el bienestar de un sujeto de protección constitucional reforzada, y potencialmente su vida e integridad personal.

Por lo tanto, desde la perspectiva de admisibilidad amplia propia de este tipo de casos, se tiene que el perjuicio irremediable que se pretende prevenir con la acción de tutela de la referencia es (a) cierto e inminente (puesto que se ha acreditado en el expediente la no afiliación del menor al sistema de seguridad social en salud), (b) grave (dado que la salud del menor Nicolás Santiago es un bien jurídico constitucional de la máxima importancia), y (c) de urgente atención (por cuanto la sujeción del menor afectado a los riesgos de salud propios de su edad sin contar con el respaldo del sistema de seguridad social, durante el tiempo que puede durar un proceso judicial por las vías ordinarias, equivale a desproteger por completo su salud y bienestar durante el mismo lapso, lo cual contraría lo dispuesto en el artículo 44 Superior sobre la especial protección que se debe dispensar a los niños). Para la Sala, en consecuencia, la tutela es procedente en tanto mecanismo transitorio de protección para prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable al menor Nicolás Santiago Rodríguez.

4. El derecho de los niños a la salud y las obligaciones correlativas de las autoridades.

El artículo 44 de la Constitución establece que los niños tienen derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social. Este mandato inequívoco refleja lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reza en lo pertinente:

“1. 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.

1. 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 (...).”

Como sucede en todos los casos relacionados con la protección de los derechos de los niños, el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor.⁶ En materia de salud, este criterio es de la mayor importancia, tanto así que el Comité de Derechos Humanos de las

Naciones Unidas –órgano de interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, en su Observación General No. 14 (“El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”), reafirmó que “la consideración primordial en todos los programas y políticas con miras a garantizar el derecho a la salud del niño y el adolescente será el interés superior del niño y el adolescente”. Es deber de las autoridades relacionadas con la prestación de servicios de salud, entre las cuales se cuenta el Director General de Sanidad Militar contra quien se dirigió la acción de tutela de la referencia, tener en cuenta en todos los casos que involucren niños que la protección, preservación y promoción de su interés superior y prevaleciente en materia de salud es el norte de cualquier actuación que les concierna, desde la interpretación del alcance de las propias competencias y de las normas que rigen los servicios de salud, hasta la ejecución material, el seguimiento, el control y la supervisión de su prestación. Si los funcionarios que gestionan y materializan en la práctica la prestación de los servicios de salud no obran en estos casos de tal manera que los derechos e intereses del menor involucrado sean sus objetivos prioritarios, desconocen las normas constitucionales, internacionales, legales y reglamentarias que gobiernan el ejercicio de sus funciones, amenazando o violando con ello los derechos fundamentales prevalecientes que están en riesgo.

5. Los regímenes especiales de seguridad social y el deber de interpretación conforme a la Constitución.

El caso bajo estudio se relaciona con la prestación del servicio de salud por las entidades que configuran el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, que conforma un régimen especial de seguridad social. En anteriores pronunciamientos, la Corte Constitucional ha explicado que la existencia de regímenes especiales de seguridad social no es contraria a la Constitución, siempre y cuando los servicios y beneficios que allí se otorgan a los afiliados y beneficiarios no sean menores que los del régimen general; en otras palabras, la creación de tales regímenes no desconoce el principio constitucional de igualdad,⁷ en tanto el tratamiento diferenciado en cuestión esté 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”.⁸

Igualmente, la Corte ha precisado que los funcionarios públicos encargados de dar aplicación a las normas constitutivas de dichos regímenes especiales de seguridad social, deben interpretar el alcance de tales normas, y de sus propias funciones, prestando especial atención al principio de interpretación conforme a la Constitución.⁹ En virtud de este parámetro, 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. Ya la Corte ha establecido, en la sentencia C-273 de 1999, 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)”; y 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”.

Se tiene, por lo tanto, que las autoridades que integran el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, entre las que se cuenta el Director General de Sanidad Militar contra quien se dirigió la tutela, deben en todo caso aplicar la pauta hermenéutica de la interpretación conforme al determinar el alcance de las normas que rigen dicho Subsistema, y en consecuencia, prestar especial atención a la preservación de los derechos fundamentales que están en juego, particularmente si se trata de los derechos de sujetos de protección constitucional reforzada, como los niños.

6. Estudio del caso concreto.

En el caso bajo estudio, el Director General de Sanidad Militar resolvió negativamente la solicitud de la peticionaria de que se afiliara a su nieto al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, invocando para sustentar su decisión -entre otras normas- el artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000, citado en la primera parte de esta providencia, que no incluye a los nietos entre quienes tienen derecho a ser inscritos como beneficiarios.

6.1. En primer lugar, ya se vió que el Director General de Sanidad Militar, si bien aplicó de buena fe literalmente el artículo 24 citado, 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 - y debió dar aplicación a este principio al estudiar la petición presentada por la señora Andrade de Rodríguez. Una regla elemental de interpretación jurídica dispone que se debe prestar debida atención a los hechos frente a los cuales se ha de aplicar una determinada norma al momento de interpretar su alcance. En esa medida, el Director General de Sanidad Militar debía tener en cuenta que el menor Nicolás Santiago Rodríguez Andrade ha vivido toda su vida bajo el cuidado de su abuela materna, la peticionaria, y que esta situación de hecho fue reconocida y formalizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, autoridad directamente competente en la materia, mediante acta de fecha 24 de octubre de 2003, en la cual consta que la custodia y el cuidado personal del menor en cuestión fueron asignados, en forma provisional, a su abuela materna. La Sala otorga particular importancia al aparte de tal acta en el que se explica cuáles son las obligaciones que adquirió la señora Luz Margarita Andrade frente a su nieto en virtud de dicha decisión administrativa:

“Se le ilustra en relación con los compromisos para con su menor nieto en mención: 1º. Deber de protegerlo integralmente y no permitir que se encuentre en situación de peligro y/o abandono, garantizando sus derechos fundamentales tales como alimentos, vivienda, salud, educación y recreación. (...)” (subrayas fuera del original).

Este acápite, que parafrasea lo dispuesto en los artículos 70 a 72 del Código del Menor, debió haber sido igualmente tenido en cuenta por el Director General de Sanidad Militar al adoptar la decisión que se controvierte por vía de tutela. En efecto, dicho acápite muestra que en este caso la abuela no busca inscribir a su nieto, por ser su nieto, sino porque tiene que cumplir unas obligaciones en el ámbito de la salud en razón a que a ello se comprometió formalmente y en esas condiciones le fue confiada la custodia y cuidado del menor.

El hecho de que el Director General de Sanidad Militar hubiese invocado la ausencia de una disposición normativa expresa sobre la inscripción de nietos al subsistema de salud de las Fuerzas Militares en tanto beneficiarios, revela una aplicación literal de la norma legal, sin duda de buena fe, pero que no se compadece con la finalidad de la norma ni con el contexto dentro del cual se elevó la petición. En efecto, al negarse la petición se desconoció tanto (i) la

realidad fáctica y jurídica que se presentaba a su conocimiento –consistente en la permanencia del menor bajo el cuidado de su abuela durante toda su vida y la formalización legal de dicha situación mediante el otorgamiento de la custodia y cuidado personal-, como (ii) el alcance de las obligaciones que adquirió la señora Luz Margarita Andrade frente a su nieto. Ambas circunstancias, debidamente evaluadas por el funcionario en comento, debieron haberlo alertado sobre la diferencia sustancial que existe entre el menor Nicolás Santiago Rodríguez Andrade, para quien su abuela materna juega el rol fáctico y jurídico de madre-cuidadora, y los demás menores de edad nietos de afiliados que no se encuentran en la misma situación de dependencia directa del cuidado de sus abuelos. Asumir que el menor Nicolás Santiago era, simplemente, el “nieto” de la peticionaria, sin tener en cuenta que para todos los efectos prácticos y jurídicos su abuela materna ha cumplido con las obligaciones y los cuidados propios de una madre durante toda su vida, no puede ser calificado sino como una ausencia de valoración de la realidad que se puso en conocimiento del Director General de Sanidad Militar para su decisión y de la finalidad de las normas sobre afiliación de familiares.

6.2. 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 el menor Nicolás Santiago deberá, o bien ser afiliado directamente al régimen general de seguridad social en salud –sin tener en cuenta que forma parte de un núcleo familiar definido en el cual su cuidadora directa está afiliada al régimen especial de las Fuerzas Militares-, o bien esperar a que sus progenitores resuelvan asumir los deberes propios de su condición –lo cual no ha ocurrido, según consta en el expediente, durante la vida del menor, que ha transcurrido bajo el cuidado de su abuela-. Ambas opciones son, en criterio de la Sala, irrazonables y contrarias a varios mandatos constitucionales:

6.2.1. El 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, prevalentes deben ser objeto de protección inmediata.

6.2.2. El artículo 42, que consagra el deber estatal de proteger de manera especial la familia en cualquiera de sus formas, mucho más si tales formas de organización familiar han sido

reconocidas por el ICBF.

6.2.3. El artículo 13, puesto que se está otorgando a Nicolás Santiago -quien se encuentra en una situación especial por haber sido confiado a la custodia y cuidado de su abuela- 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. Al impartir un trato igual a situaciones que son esencialmente disímiles, se lesiona el principio constitucional de igualdad.

6.2.4. En la medida en que la decisión del Director General de Sanidad Militar obstaculiza el cumplimiento, por parte de la señora Luz Marina Andrade, de los deberes que le incumben en tanto cuidadora personal del menor Nicolás Santiago, su nieto sometido a su custodia, tal decisión dificulta el cumplimiento de la decisión adoptada por los funcionarios de bienestar familiar directamente competentes para preservar el bienestar del menor en cuestión. Así, en lugar de permitir que el núcleo familiar de la señora Andrade pueda dar cumplimiento a la obligación elemental de proveer por la salud del niño Nicolás Santiago, la decisión del Director General de Sanidad Militar hace más difícil, demorado y costoso el cumplimiento de dicha obligación, sometiéndolo en el entretanto a la efectividad del derecho fundamental de este menor al riesgo implícito en la desprotección total, ya que el niño no se encuentra afiliado a ninguna entidad prestadora de salud.

En resumen: al interpretar el alcance del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000 en forma tal que se excluyó a Nicolás Santiago Rodríguez Andrade de su ámbito de aplicación, sin tener en cuenta que su custodia y cuidado personal habían sido otorgados por el ICBF a su abuela materna Luz Margarita Andrade, el Director General de Sanidad Militar aplicó literalmente dicho artículo, pero, aún a pesar de haber obrado de buena fe, desconoció el principio de interpretación conforme a la Constitución, puesto que su decisión desembocó en un efecto -a saber, la desprotección del menor en materia de seguridad social- que es manifiestamente contrario a varios preceptos constitucionales, entre ellos los consagrados en los artículos 13, 42, 44 y 113 Superiores.

Al haberse demostrado que se adoptó una decisión lesiva del derecho a la protección especial del menor de edad expuesto a quedar sin cobertura de salud, la tutela habrá de ser

concedida.

7. Medida a adoptar

La Sala debe precisar que en este caso no se está ordenando al Director General de Sanidad Militar que amplíe la cobertura del subsistema de salud de las fuerzas militares para que se incluyan los nietos de los afiliados en tanto beneficiarios, ya que como bien lo indica en su defensa, ello equivaldría a desconocer lo dispuesto expresamente en la norma. Tampoco se está ordenando a dicho funcionario que inaplique, para el caso concreto, las normas aplicables, con miras a inscribir al niño Nicolás Santiago Rodríguez como nieto beneficiario de la actora. Ninguna de estas soluciones es procedente, porque como ya se explicó en los apartados anteriores, las características fácticas y jurídicas de la relación existente entre la señora Luz Margarita Andrade y su nieto, hacen que ésta sea esencialmente diferente a la que existe entre los demás afiliados al subsistema de salud y los nietos que no se encuentran formal y materialmente bajo su custodia y cuidado personal.

En ese orden de ideas, en lugar de ampliar el alcance de la norma o inaplicarla en el caso concreto, la Corte habrá de interpretarla de tal forma que se responda a la realidad fáctica y jurídica a la cual se habrá de aplicar y se materialicen, en el proceso de interpretación y aplicación normativos, los mandatos de la Carta Política. Así, teniendo en cuenta la situación del menor Nicolás Santiago Rodríguez y su situación de dependencia directa del cuidado y custodia de su abuela materna, así como las obligaciones derivadas para la señora Luz Margarita Andrade de su condición de cuidadora del menor por mandato del ICBF, habrá de entenderse que la norma sí es aplicable a este caso individual y particular, puesto que en términos prácticos ha sido la señora Andrade quien ha cumplido el rol materno frente al menor Nicolás Santiago durante toda su vida, y por disposición del ICBF habrá de seguir cumpliendo materialmente con las obligaciones propias de ese rol hasta que se adopte una medida definitiva. Es deber de las demás autoridades del Estado, por lo tanto, facilitar en cuanto esté a su alcance el cumplimiento de dichas obligaciones, y cuando mínimo, no obstaculizar su adecuada observancia con interpretaciones excesivamente restrictivas que lesionen, en su aplicación práctica, los derechos fundamentales de sujetos de especial protección.

Las sentencias T-939/01 y SU-1167/01 no proveen un criterio determinante en el presente

caso puesto que, a pesar de las similitudes en algunos hechos hay diferencias relevantes con respecto a la situación en que se encuentra Nicolás y su abuela Luz Margarita.

En la primera, la abuela cuidadora con custodia y cuidado reconocidos por el ICBF no estaba afiliada al régimen especial de las Fuerzas Militares sino al sistema general, que a su turno permite a la persona, según su situación económica, afiliarse al régimen contributivo o subsidiado. La Corte resolvió que el niño no era asimilable a los hijos adoptivos para efectos de ser incluido como beneficiario, y que el régimen contributivo no contempla expresamente a los nietos como beneficiarios, por lo cual ordenó que se inscribiera a la menor en el régimen subsidiado. Es decir, en un régimen distinto al de su abuela que se encontraba en el régimen contributivo, pero dentro del mismo sistema general.

En la segunda, la Corte se negó a extender a los nietos los beneficios del régimen convencional de una empresa petrolera, régimen que no contemplaba expresamente a los nietos como beneficiarios. En este caso, sin embargo, la diferencia relevante es que el régimen que la Corte se negó a extender era convencional, no legal especial.

Sin embargo, al considerar el alcance de la medida de protección del derecho amparado en el presente caso la Corte valora que en la primera de las sentencias mencionadas se dispuso que el menor fuera inscrito en el régimen subsidiado. Ello obedece a que la abuela pertenecía al sistema general de salud. No sucede lo mismo en el presente caso. Tampoco existe dentro del régimen especial aplicable a las fuerzas militares dos subsistemas de tal manera que en el segundo sean cubiertas las personas que no pueden contribuir al primero. Con todo, la Corte no descarta que las circunstancias en las cuales se encuentra la abuela y su nieto puedan eventualmente dar lugar a que el menor pueda llegar a ser afiliado al régimen subsidiado, lo cual dependerá de muchos factores que no es necesario analizar en detalle en el presente proceso. Además, bien puede la abuela decidir presentar las solicitudes pertinentes encaminadas a modificar, en el sentido en que ella libremente estime adecuado, su relación jurídica con el menor. Por estas razones, la medida que se ordenará tiene un carácter temporal mientras se definen las dos cuestiones anteriormente mencionadas. Dicho carácter no impide que el menor reciba a plenitud los servicios dentro del régimen especial de las fuerzas militares.

Precisa la Sala que esta decisión se ha adoptado en atención a las especificidades del caso

bajo estudio, a saber: (i) el menor implicado ha vivido con su abuela materna, la peticionaria, desde que era un bebé y en forma ininterrumpida; (ii) en el acta en la que el ICBF formalizó esta situación, se le impuso expresamente a la peticionaria el deber de proveer por la salud del menor; y (iii) en este caso no existe, dentro del régimen especial al cual está afiliada la peticionaria, un régimen alternativo al cual pueda afiliarse al menor.

En consecuencia, la Corte ordenará al Director General de Sanidad Militar que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a adoptar todas las medidas necesarias para que el menor Nicolás Santiago Rodríguez Andrade sea afiliado al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares en tanto beneficiario de la señora Luz Margarita Andrade de Rodríguez, con todos los derechos propios de tal condición de beneficiario.

III. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del cinco (5) de mayo de dos mil cuatro (2004) adoptada por el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual se denegó la acción de tutela de la referencia. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la igualdad del menor Nicolás Santiago Rodríguez Andrade.

SEGUNDO.- ORDENAR al Director General de Sanidad Militar que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a adoptar todas las medidas necesarias para que el menor Nicolás Santiago Rodríguez Andrade sea afiliado al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares en tanto beneficiario de la señora Luz Margarita Andrade de Rodríguez, durante el término necesario para que las entidades competentes determinen cuál habrá de ser el régimen permanente dentro del cuál se protegerá de manera efectiva el derecho del menor a acceder a los servicios de salud.

TERCERO.- Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 En este sentido se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias T-600 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1198 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1157 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-321 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), y SU-250 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

3 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-253 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y T-142 de 1998 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

4 Sentencia T-1316 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

5 Ver, a este respecto, las sentencias T-719 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

6 Ver, entre otras, la sentencia T-510 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

7 Sentencias C-888 de 2002 y C-461 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

8 Sentencia C-835 de 2002. En el mismo sentido, ver las sentencias C-461 de 1995 y C-1050

de 2000.

9 Sentencia T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).