

REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Nietos no están incluidos dentro de la cobertura familiar/SISBEN-Aplicación de la encuesta para establecer si menor debe ser incluido en el régimen subsidiado

La idea de integración y universalidad de la seguridad social hace extensiva la atención en salud en el régimen contributivo, no solamente al afiliado sino también a ciertas personas que integran el núcleo familiar. Así, según el artículo 163 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 806 de 1998, el grupo familiar del afiliado está constituido, entre otros, por los hijos menores de dieciocho (18) años que dependan económicamente del afiliado, donde los hijos adoptivos gozan de los mismos derechos para ser incluidos como beneficiarios. Sin embargo, los nietos de un cotizante no están incluidos dentro de la cobertura familiar, aún cuando eventualmente tienen la posibilidad de ingresar previo el aporte adicional denominado unidad de pago por capitación (UPC). No puede perderse de vista que la familia también está encargada de velar por los intereses de la menor, por lo cual la vinculación al régimen subsidiado está sujeta a las necesidades reales, de conformidad con los resultados que el procedimiento de encuesta, calificación y clasificación determine. Así, es posible que el núcleo familiar disponga de los medios económicos para afiliarla en el régimen contributivo de seguridad social. la Corte concluye que las decisiones de instancia deben ser confirmadas por cuanto la niña está excluida de la cobertura familiar de la aquí accionante y, en consecuencia, no tiene la calidad de beneficiaria del Seguro Social. Sin embargo, en aras a determinar sus condiciones materiales y la eventual necesidad de ser incluida en el régimen subsidiado, la Corte ordenará a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, que aplique la encuesta SISBEN y, de conformidad con ello, establezca si debe ser incluida en el mencionado régimen.

DERECHO A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL NIÑO-Fundamentales

Los derechos a la salud y la seguridad social corresponden, tradicionalmente, a la categoría de derechos prestacionales cuya protección por vía de tutela está sujeta a un vínculo de conexidad con derechos de naturaleza fundamental. Sin embargo, la Constitución privilegia a los niños por la condición de debilidad e indefensión en que se encuentran y, por lo mismo, señala expresamente que sus derechos a la salud y la seguridad social, entre otros,

adquieren rango fundamental. Los artículos 13, 42, 44, 50, 53, 68 y 356 de la Carta reconocen la especial protección a favor de los menores, asignando responsabilidades a la familia, la sociedad y el Estado. Así, aún cuando corresponden a la denominada categoría de derechos sociales, económicos y culturales, su protección por vía de tutela es autónoma e independiente.

CUIDADO PERSONAL, CUSTODIA Y PROTECCION DEL NIÑO

La custodia y el cuidado personal constituyen también una medida de protección a favor del menor, que busca asegurar a favor de éste las condiciones apropiadas para su educación y crianza. Sin embargo, por varias razones, difiere sustancialmente de la adopción. Así, puede señalarse como las decisiones de custodia y cuidado personal no significan la pérdida de la patria potestad ni del vínculo familiar de sangre; tampoco eximen a los padres biológicos de sus obligaciones como tales. Además, las decisiones respecto a la custodia y cuidado personal de un menor son susceptibles de conciliación ante el defensor de familia y, en el evento de acudir a un juez, la sentencia no hace tránsito a cosa juzgada material.

SISBEN-Improcedencia de ordenar aplicación de la encuesta para establecer si menor debe ser incluido en el régimen subsidiado

Si no conocen las condiciones de la menor para pertenecer al sistema subsidiado, los cuales no se pueden presumir, en tanto sí reúnen las exigencias del Régimen Contributivo al cual pertenecía, por cuanto ella no se encuentra desamparada, dado que la accionante la tiene bajo su custodia y cuidado personal, dable resulta colegir que no irá acreditar las exigencias del Régimen Contributivo de Unidad de pago por Capacitación, dado que la accionante cotiza a dicho régimen, aunque, de no contar con los medios económicos para cancelar la citada UPC, tiene la opción de acudir en cualquier momento a la entidad competente para que le sea realizada la encuesta SISBEN, sin necesidad de la orden impartida por la Sala.

Referencia: expediente T-456532

Accionante: Cecilia Báez de Parrado

Procedencia: Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil uno (2001).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández y Eduardo Montealegre Lynett, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

La señora Cecilia Báez de Parrado, obrando en representación de su nieta Yeimy Johanna Romero Parrado, interpuso acción de tutela en contra del Seguro Social, por considerar que dicha entidad le ha vulnerado sus derechos fundamentales a la salud y la seguridad social.

Manifiesta que en su condición de afiliada al Seguro Social, desde hace cinco años incluyó como beneficiaria en el servicio de salud a su nieta Yeimy Johanna Romero Parrado, quien depende económicamente de ella, para lo cual adjuntó un certificado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar donde se le concedía la custodia y cuidado personal de la menor (de trece años de edad).

Sin embargo, indica que desde el día 19 de enero de 2001 la entidad dejó de atender a la niña exigiendo, para la reanudación del servicio, la presentación de un certificado judicial donde conste que la menor se encuentra bajo su tutela. No obstante lo anterior, la accionante considera que dicha exigencia, además de innecesaria, la obligaría a promover un proceso ante el juez de familia con los costos de tiempo y dinero que ello implica.

Solicita entonces dar aplicación analógica de los artículos 34 y 38 del Decreto 806 de 1998, para considerar a la menor como una hija adoptiva y, en consecuencia, que se ordene incluirla nuevamente como beneficiaria del servicio de seguridad social en salud.

2. La posición de la entidad

El representante legal del Seguro Social considera improcedente la tutela, por cuanto el artículo 163 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 806 del Decreto 806 de 1998, excluye a los nietos como beneficiarios del cotizante en seguridad social. Advierte, además, que la accionante puede inscribir a su nieta como beneficiaria adicional, cancelando el valor de la Unidad de Pago por Capitación del Plan Obligatorio de Salud.

De manera subsidiaria, el demandado solicita que en el evento de proceder la acción se autorice el reembolso a la EPS, por parte del Fondo de Solidaridad y Garantías Financieras, de los gastos derivados de la atención en salud brindada a la menor.

3. Sentencia de primera instancia

La demanda correspondió al Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, quien por sentencia del veintiuno (21) de Marzo de 2001 denegó la tutela. Para el despacho, no se probó durante el proceso que la accionante tenga la calidad de tutora de la menor, ni la dependencia económica de esta respecto de aquella, ni la falta de protección por parte de sus progenitores, quienes en principio son los obligados a responder por los alimentos de la menor. Estima entonces que debe acudir a la jurisdicción de familia con el fin de obtener el reconocimiento de la tutoría o curaduría de la menor, para luego sí reclamar el beneficio de la atención en salud.

4. Segunda Instancia

En sentencia del seis (6) de abril de 2001, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó el fallo impugnado. En criterio del ad-quem, la procedencia de la tutela respecto de la salud y la seguridad social está condicionada a una estrecha relación con la vida, requisito que no se cumple en esta oportunidad. Así mismo, la Sala destaca que el Seguro Social no ha negado la atención a la menor, sino que exige a la demandante acreditar la calidad de tutora.

En segundo lugar, el Tribunal considera que la situación de la menor no se enmarca dentro de ninguna de las hipótesis previstas en el artículo 163 de la ley 100 y el Decreto 806 de 1998, para que pueda gozar de la atención en salud en calidad de beneficiaria. Por esta razón considera la Sala que, según lo previsto en el artículo 40 del Decreto 806 de 1998, es necesario cancelar un aporte adicional equivalente a la Unidad de Pago por Capitación, para

que la menor reciba la atención deseada. Finalmente, señala que la tutela no es la vía apropiada para cuestionar la actuación del Seguro Social, pues la controversia gira entorno a derechos de rango legal que escapan al ámbito de protección en sede de tutela.

5. Pruebas

De las pruebas aportadas al proceso la Corte destaca las siguientes:

- Registro Civil de Nacimiento de Blanca Myriam Parrado, quien figura como hija de la accionante, Cecilia Báez.
- Registro Civil de Nacimiento de Yeimy Johanna Romero Parrado. La niña cuenta con trece años de edad (nació el 6 de septiembre de 1987) y es hija de Blanca Myriam Parrado Báez y Eduardo Romero Castiblanco.
- Certificación expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Santafé de Bogotá, según la cual la señora Cecilia Báez de Parrado ostenta la custodia de su nieta Yeimy Johanna Romero Parrado. Indica además que desde el año de 1996 tiene bajo su cuidado y manutención a la menor, sin que se haya adelantado trámite distinto por alguna de las partes.
- Copia del Acta de Conciliación No.029 del 4 de marzo de 1996, suscrita por Blanca Myriam Parrado y Cecilia Báez de Parrado, en el Centro Zonal de Kennedy del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. De conformidad con el acuerdo suscrito, la custodia y cuidado personal de la menor se asigna a la abuela, demandante en el proceso de tutela, comprometiéndose la señora Blanca Myriam Parrado al pago de una cuota alimentaria por valor de \$30.000 mensuales, incrementados cada año conforme al aumento del salario mínimo legal.

6. Revisión por la Corte

Remitida a esta Corporación, mediante auto del 29 de Mayo de 2001, la Sala de Selección Numero Cinco (5) dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia.

1.- Esta Corte es competente para revisar los fallos de tutela proferidos en este proceso, 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.

El asunto bajo revisión

2.- La peticionaria estima que el Seguro Social debe garantizar la atención en salud que requiera su nieta, a quien indica haber afiliado como beneficiaria desde hace 5 años; también solicita que la menor sea considerada como una hija adoptiva, concediéndole los beneficios que de ello se derivan. Para la entidad, la acción es improcedente por cuanto los derechos en cuestión son de naturaleza legal y porque, además, los nietos de una persona cotizante en el plan obligatorio de salud, no están incluidos como beneficiarios según las previsiones normativas para la cobertura familiar. Señala entonces que si la menor quiere ser afiliada es necesario cancelar el valor de la Unidad de Pago por Capitación para ser incluida como beneficiaria adicional.

El presente caso plantea entonces varios interrogantes. En primer lugar, la Corte debe analizar la naturaleza de los derechos en cuestión y la procedencia de la tutela; en segundo orden, es necesario determinar si la menor puede ser considerada como hija adoptiva de la accionante y, de conformidad con ello, incluirse como beneficiaria del régimen de seguridad social en salud al cual se encuentra afiliada. Finalmente, la Sala estudiará los mecanismos de protección constitucional con que cuenta la menor para asegurar el derecho a la seguridad social.

La salud y la seguridad social son derechos fundamentales de los niños

3.- Los derechos a la salud y la seguridad social corresponden, tradicionalmente, a la categoría de derechos prestacionales cuya protección por vía de tutela está sujeta a un vínculo de conexidad con derechos de naturaleza fundamental. Sin embargo, la Constitución privilegia a los niños por la condición de debilidad e indefensión en que se encuentran y, por lo mismo, señala expresamente que sus derechos a la salud y la seguridad social, entre otros, adquieren rango fundamental. Los artículos 13, 42, 44, 50, 53, 68 y 356 de la Carta reconocen la especial protección a favor de los menores, asignando responsabilidades a la

familia, la sociedad y el Estado. Así, aún cuando corresponden a la denominada categoría de derechos sociales, económicos y culturales, su protección por vía de tutela es autónoma e independiente.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido constante en reconocer dicha condición y sobre el particular ha señalado lo siguiente¹:

“5. El ordenamiento constitucional no sólo confiere a los niños una serie de derechos fundamentales que no reconoce a los restantes sujetos de derecho, sino que, adicionalmente, establece que dichos derechos tendrán prevalencia sobre los derechos de los demás. En el Estado social de Derecho, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables. En este sentido, es evidente que los niños son acreedores de ese trato preferencial, a cargo de todas las autoridades públicas, de la comunidad y del propio núcleo familiar al cual pertenecen (C.P. art. 44).

Pero la protección especial de los derechos fundamentales del menor no se explica exclusivamente por la fragilidad en la que se encuentra frente a un mundo que no conoce y que no está en capacidad de afrontar por sí solo. La Carta pretende promover un orden basado en los valores que orientan cualquier Estado civilizado : la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad. No obstante, un orden tal de valores sólo es verdaderamente efectivo si los sujetos a quienes se orienta lo conocen y lo comparten. En este sentido, el constituyente quiso que las personas, desde la infancia, tuvieran acceso a este código axiológico, mediante un compromiso real y efectivo de la sociedad para garantizar las condiciones que les permitieran crecer en igualdad y en libertad, con justicia y respeto por las opiniones y creencias ajenas. En estas circunstancias, es razonable suponer que el menor accederá a la mayoría de edad, como una persona libre y autónoma, que conoce los valores de igualdad y justicia que informan la Carta y que, por lo tanto, se encuentra en capacidad de defenderlos y promoverlos. Estas y otras consideraciones explican que la Constitución declare, de manera expresa, la especial protección constitucional que merecen los derechos fundamentales de los niños en el territorio nacional.

La anterior posición, reiterada en múltiples oportunidades², encuentra mayor sustento

cuando se analiza a la luz del artículo 93 de la Constitución, que indica la prevalencia en el orden interno de los tratados de derechos humanos adoptados por Colombia y la interpretación de los derechos a la luz de tales disposiciones. Así, por ejemplo, la Convención sobre derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de noviembre de 1989 e integrada al ordenamiento interno mediante la ley 12 de 1991, dispone en su artículo 26 que “los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con la legislación nacional”.

En estas condiciones, la Sala no comparte la posición del Seguro Social y del juez de segunda instancia, en tanto consideran que los derechos en controversia son de rango legal y escapan al ámbito propio de la acción de tutela. Por el contrario, es fácil concluir que por tratarse de menores, adquieren el carácter de fundamentales y son susceptibles de protección por esta vía.

La cobertura familiar en el régimen contributivo de seguridad social

4.- El Sistema General de Seguridad Social en Salud diseñado por el legislador está integrado por el régimen contributivo, el régimen subsidiado y el fondo de solidaridad y garantías financieras. El primero de ellos vincula tanto a la persona cotizante como a su núcleo familiar, mediante el pago de un aporte individual o familiar, financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con su empleador³. Bajo esta modalidad se conforma el Plan Obligatorio de Salud, que busca brindar atención en salud a todos los habitantes del territorio nacional.

Pues bien, precisamente la idea de integración y universalidad de la seguridad social hace extensiva la atención en salud en el régimen contributivo, no solamente al afiliado sino también a ciertas personas que integran el núcleo familiar. Así, según el artículo 163 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 806 de 1998, el grupo familiar del afiliado está constituido, entre otros, por los hijos menores de dieciocho (18) años que dependen económicamente del afiliado, donde los hijos adoptivos gozan de los mismos derechos para ser incluidos como beneficiarios. Sin embargo, los nietos de un cotizante no están incluidos dentro de la cobertura familiar, aún cuando eventualmente tienen la posibilidad de ingresar

previo el aporte adicional denominado unidad de pago por capitación (UPC).

La adopción y la custodia de menores

5.- Según el acta de conciliación que obra en el expediente, la accionante está a cargo desde el año 1996 de la custodia y cuidado personal de su nieta Yeimy Johanna Romero. La Corte se pregunta entonces si la menor, que en su condición de nieta no está incluida como beneficiaria de la atención en salud, puede ser considerada como hija adoptiva de la cotizante e incluirse en el grupo de cobertura familiar del régimen contributivo de seguridad social. Para ello es necesario analizar jurídicamente las semejanzas y diferencias tanto de la adopción, como de la custodia y cuidado personal de los menores.

6.- De un lado, la adopción crea una relación paterno-filial entre personas que biológicamente no la tienen, con lo cual el menor hace parte de una nueva familia; dicha relación es, además, irrevocable. Esto supone el surgimiento de derechos y obligaciones tanto para el adoptante como para el adoptado, dentro de las cuales se pueden destacar, respecto de este último, la adquisición de los apellidos del adoptante, el rompimiento del vínculo con la familia consanguínea (incluida obviamente la patria potestad) y, en general, la titularidad de los mismos derechos y obligaciones que un hijo biológico. Sobre este punto la jurisprudencia constitucional ha señalado lo siguiente⁴:

“22- La institución jurídica de la adopción pretende garantizar al menor expósito o en abandono un hogar estable en donde pueda desarrollarse de manera armónica e integral, constituyendo una relación paterno-filial entre personas que biológicamente no la tienen. Dicha concepción, reconocida por el ordenamiento jurídico y consagrada en el artículo 88 del Código del Menor, encuentra pleno respaldo constitucional, y así lo ha entendido esta Corporación⁵, que además reconoce en ella un acoplamiento al principio universal del interés superior del niño en los términos previstos por el artículo 44 de la Constitución y por las normas internacionales (Declaración de los derechos del niño de la ONU (1959) y Convención sobre los derechos del niño de 1989, aprobada por la ley 12 de 1991).

El carácter tuitivo de la adopción en nuestro ordenamiento va mucho más allá de la concepción originada en el derecho romano y desarrollada posteriormente por el derecho francés, donde se orientaba solamente a transmitir el apellido y la fortuna del adoptante, pues, como lo ha reseñado esta Corte, el fin de la adopción significa también “el

establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por lazos de sangre” (Corte Constitucional, Sentencia C-562 de 1995 MP: Jorge Arango Mejía), con todos los derechos y deberes que ello comporta, ya que “en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad”.

(...)

La adopción es entonces un mecanismo que intenta materializar el derecho del menor a tener una familia, y por ello toda la institución está estructurada en torno al interés superior del niño, cuyos derechos prevalecen sobre aquellos de los demás (CP art. 42).”

Teniendo en cuenta la importancia que reviste la adopción, así como la necesidad de garantizar el interés superior del menor, han sido previstos ciertos requisitos para acceder a ella, tales como la edad mínima de 25 años⁶, o la idoneidad física, mental, moral⁷ y social suficiente para suministrar un hogar adecuado y estable. Igualmente, la adopción exige un procedimiento riguroso que culmina con sentencia judicial⁸, lo que justifica entonces su irrevocabilidad.

7.- Por su parte, la custodia y el cuidado personal constituyen también una medida de protección a favor del menor, que busca asegurar a favor de éste las condiciones apropiadas para su educación y crianza⁹. Sin embargo, por varias razones, difiere sustancialmente de la adopción. Así, puede señalarse como las decisiones de custodia y cuidado personal no significan la pérdida de la patria potestad ni del vínculo familiar de sangre; tampoco eximen a los padres biológicos de sus obligaciones como tales. Además, las decisiones respecto a la custodia y cuidado personal de un menor son susceptibles de conciliación ante el defensor de familia y, en el evento de acudir a un juez, la sentencia no hace tránsito a cosa juzgada material por cuanto ellas “pueden ser revisadas posteriormente en el mismo proceso de tenencia y cuidado donde se adoptó, o en posterior que la ley autorice, cuando el cambio de las circunstancias iniciales así lo aconseje.”¹⁰

8.- En este orden de ideas la Corte concluye lo siguiente: si bien es cierto que la adopción, de un lado, y la custodia y cuidado personal, por el otro, constituyen medidas de protección a favor del menor, cada una tiene particularidades que impiden su asimilación en el ámbito del derecho. En consecuencia, la menor Yeimy Johanna no puede ser considerada hija adoptiva

de la accionante, a efectos de ser incluida como beneficiaria dentro del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo.

La protección a la salud y la seguridad social de los niños

9.- Del anterior planteamiento surge un nuevo interrogante: ¿Significa entonces que la menor queda excluida de la atención en salud dentro del sistema de seguridad social? Para la Corte la respuesta es negativa por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, la Sala reitera que los derechos a la salud y la seguridad social de los niños son de naturaleza fundamental cuya atención está encomendada a la familia, la sociedad y el Estado, este último asumiendo una función subsidiaria cuando las circunstancias así lo exigen. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado¹¹:

“15. El principio de subsidiariedad de la asistencia estatal, impone al legislador, en primer término, la obligación de regular la responsabilidad de las personas que, en principio, deben atender los derechos sociales fundamentales del menor: la familia y la sociedad, cuando a ello haya lugar. Por su parte, la administración, los órganos de control y los jueces de la república, deben ser en extremo diligentes para hacer efectivas las obligaciones de los mencionados sujetos. No obstante, si el núcleo familiar no está en capacidad fáctica de satisfacer las carencias más elementales de los niños a su cuidado, compete al Estado, subsidiariamente, asumir la respectiva obligación.”

En segundo lugar, la Corte observa que si bien corresponde al Estado diseñar las políticas para satisfacer las necesidades de la sociedad, su actividad encuentra límites constitucionales, como aquellos derivados del ejercicio de los derechos fundamentales de los niños¹², quienes no están en capacidad directa de participar en el debate político.

En tercer lugar, conviene precisar que respecto de los niños, la exclusión de un determinado régimen de seguridad social, por ejemplo el contributivo, de ninguna manera puede significar la exclusión de todo el sistema de seguridad social: proceder en sentido contrario conllevaría la negación misma de este derecho.

10.- Pues bien, el régimen de subsidiado, que está dirigido a financiar la atención en salud de las personas pobres y sin capacidad de cotizar al sistema, se constituye en el mecanismo

apropiado para asegurar los derechos invocados. De esta manera, corresponde al Sistema de Selección de Beneficiarios -SISBEN- materializar la función solidaria del Estado. Al respecto la jurisprudencia ha señalado lo siguiente¹³:

“El SISBEN es un programa de focalización del gasto social descentralizado, diseñado por el Departamento Nacional de Planeación e implementado y operado por los distritos y los municipios. Consiste, básicamente, en la recolección, a través del mecanismo de la encuesta, de la información que se requiere para completar la denominada ficha de clasificación socioeconómica. Dicha ficha, tras ser procesada y sistematizada por medio de una aplicación especial creada para estos efectos, arroja un puntaje que permite ubicar a la familia o individuo encuestado en alguno de los seis niveles de pobreza preestablecidos.

Las normas que crean la mayoría de los programas sociales que funcionan con base en la asignación de subsidios a la demanda (programas de la Red de Solidaridad Social, régimen subsidiado de seguridad social en salud, programas para ancianos indigentes, etc.) han establecido que los beneficiarios de los mismos están constituidos por las personas o familias localizadas en los niveles 1 y 2 y, excepcionalmente, en el nivel 3 del SISBEN, los que, se supone, están compuestos por la población más pobre y vulnerable de Colombia. (...)

“De lo anterior, se desprende la importancia constitucional del SISBEN como instrumento que contribuye, de manera fundamental, a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Constitución Política. El señalado mecanismo de focalización del gasto social constituye el primer paso del proceso de asignación de unos recursos públicos que tienden a subvenir las necesidades materiales más acuciantes de los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana y, por tanto, se erige en una herramienta esencial a disposición de las autoridades públicas obligadas a hacer efectivo el mandato de especial protección a los grupos discriminados o marginados (C.P., artículo 13). Esta constatación, ha permitido que la Corte establezca el derecho de los ciudadanos en condiciones de pobreza y vulnerabilidad de acceder al SISBEN de manera igualitaria y, a la vez, el deber correlativo de las autoridades estatales encargadas de la administración e implementación de este programa de adoptar todas aquellas medidas dirigidas a que éste cumpla con su objetivo constitucional a cabalidad.”

11.- Con todo, no puede perderse de vista que la familia también está encargada de velar por

los intereses de la menor, por lo cual la vinculación al régimen subsidiado está sujeta a las necesidades reales, de conformidad con los resultados que el procedimiento de encuesta, calificación y clasificación determine. Así, es posible que el núcleo familiar disponga de los medios económicos para afiliarla en el régimen contributivo de seguridad social.

12.- En estos términos, la Corte concluye que las decisiones de instancia deben ser confirmadas por cuanto la niña Yeimy Johanna Romero Parrado está excluida de la cobertura familiar de la aquí accionante y, en consecuencia, no tiene la calidad de beneficiaria del Seguro Social. Sin embargo, en aras a determinar sus condiciones materiales y la eventual necesidad de ser incluida en el régimen subsidiado, la Corte ordenará a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, que aplique la encuesta SISBEN y, de conformidad con ello, establezca si debe ser incluida en el mencionado régimen.

III. DECISION

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

RESUELVE

Segundo.- ORDENAR a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá que aplique la encuesta SISBEN a la menor Yeimy Johanna Romero Parrado y a su familia, incluya la información dentro de la base de datos de ese sistema y, de acuerdo con el resultado obtenido, determine si tienen derecho a beneficiarse del régimen subsidiado de salud, todo lo cual no puede superar el término de dos (2) meses.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

Salvamento Parcial de voto a la Sentencia T-939/01

Con el respeto acostumbrado, me permito salvar voto en forma parcial, en relación con lo ordenado en el numeral segundo de la parte resolutive de la Sentencia T – 939 de 2001, por las razones que a continuación se exponen:

1.- La acción de tutela presentada por la señora Cecilia Báez de Parrado con la finalidad de obtener que su nieta Yeimy Johanna Romero Parrado siga siendo beneficiaria del Régimen Contributivo en Salud del Seguro Social, encontró respuesta judicial negativa por parte del juez de tutela tanto de primera como de segunda instancia; el primero bajo el argumento de no haberse demostrado aspectos de orden legal respecto de la menor Yeimy Johanna Romero con la cotizante; y el segundo al considerar que no se está infringiendo el derecho fundamental a la vida por cuanto el Seguro Social no se ha negado a prestar los servicios en salud, sino que exige el cumplimiento de requisitos legales, para que la menor pueda continuar como beneficiaria en el Régimen Contributivo, concluyendo que la situación de la menor no enmarca dentro de ninguna de las hipótesis establecidas en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 806 de 1998.

2.- Frente a la revisión que hace la Sala, comparto que los derechos de los niños son de rango constitucional y por ende de protección especial por vía de tutela. En relación con el sistema de Seguridad Social en Salud, claro resulta que el legislador ha creado y

reglamentado tres regímenes, el contributivo, el subsidiado y el fondo de solidaridad y garantías financieras, cada uno con sus propias exigencias legales. En el caso específico, se discute el derecho que la menor Yeimy Johanna Romero Parrado pueda tener como beneficiaria frente al régimen contributivo, el cual, por mandato del artículo 163 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 806 de 1998, comprende al grupo familiar señalado en las normas citadas, sin que la menor Romero Parrado clasifique en alguna de estas situaciones, motivo por el cual no puede ser comprendida por este régimen específico en seguridad social en salud.

En el caso bajo examen, el objeto de la acción de tutela versó sobre si la menor de edad Yeimy Johanna Romero Parrado, debía o no continuar vinculada al Régimen Contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, concluyéndose que no, al no darse las exigencias legales. Hasta aquí ha debido ir el pronunciamiento de la Sala. Lo dispuesto en el numeral 2º de la parte resolutive desborda el objeto de revisión de la tutela, pues, no se trataba de amparar el derecho a la vida de la menor por una negativa a la atención de su salud.

No se comparte entonces, que la Sala haya optado por una decisión cuyos supuestos fácticos no son objeto de la acción de tutela y se tome una determinación que en la práctica no tendrá efecto alguno, pues no se desconocen los aspectos económicos, sociales, familiares y legales de la menor dado que está bajo el cuidado y manutención de persona que por estar vinculada al Régimen Contributivo no carece de recursos económicos.

Nótese como, para acceder al Régimen Subsidiado, exige el artículo 5 del Acuerdo 77 de 1997 que la población infantil abandonada deberá ser identificada a través de certificación expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de conformidad con el formato que para el efecto defina el Ministerio de Salud, exigencia que no se acredita en este asunto.

En el Régimen Contributivo los afiliados son aquellas personas que tienen capacidad económica para sufragar la cotización tales como los servidores públicos con vinculación contractual o legal y reglamentaria, los pensionados por jubilación, vejez o invalidez, sobrevivientes o sustitutos, tanto del sector público como del sector privado, los trabajadores independientes y en general todas las personas naturales residentes en el país que no tengan vínculo contractual, legal y reglamentario con algún empleador cuyos ingresos

mensuales sean superiores a dos salarios mínimos legales vigentes, se incluyen como beneficiarios a este régimen el grupo familiar del cotizante tal como lo dispone las normas reglamentarias al respecto. Mientras que los afiliados al Régimen Subsidiado son aquellas personas que carecen de capacidad económica para cotizar y por esta razón su aseguramiento se efectúa a través del pago total o parcial de una unidad por capitación subsidiada, con recursos fiscales o de solidaridad a través de un régimen de cofinanciación a nivel nacional y territorial.

Este régimen señala que una vez identificados los potenciales beneficiarios, se entrará en un proceso de selección. Para tal efecto los alcaldes municipales o distritales deberán elaborar un listado siguiendo un orden de prioridades riguroso ya que los recursos son escasos, encontrándose dentro de estas prioridades la población de las áreas rurales, población indígena y en tercer lugar la población urbana, destacándose dentro de esta los niveles uno y dos, además, la población infantil, indigentes, artistas, autores y compositores, tal como lo podemos encontrar en el artículo 9 del Acuerdo número 77 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por medio del cual se desarrolla el Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, fundamentado en el artículo 212 de la ley 100 de 1993.

Al respecto, conviene precisar que de conformidad con lo establecido en el artículo 36 del Código del Menor, corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, declarar las situaciones de abandono o de peligro en que se encuentre un menor a fin de brindarle especial protección.

Por otra parte, el artículo 32 del citado código estipula que un menor se encuentra en situación de abandono o peligro susceptible de protección por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cuando fuere expósito, faltaren en forma absoluta o temporal las personas, que conforme a la Ley han de tenerlo a su cuidado, no fuere reclamado en un plazo razonable en el establecimiento hospitalario, de residencia social o del hogar sustituto, fuere objeto de abuso sexual o se hubiere sometido a maltrato físico por parte de sus padres o de las personas de quienes el menor dependa, fuere explotado en cualquier forma, presente graves problemas de comportamiento o adaptación social, y cuando la salud física o mental se vea amenazada por las desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho o de derecho, situaciones que para este caso no se dan.

3.- Por eso discrepo de la decisión que asumió la sala al ordenar “ ... a la secretaría Distrital de salud de Bogotá que aplique la encuesta SISBEN a la menor Yeimy Johana Romero Parrado y a su familia, incluya la información dentro de la base de datos de ese sistema y, de acuerdo con el resultado obtenido, determine si tiene derecho a beneficiarse del régimen subsidiado de salud, todo lo cual no pude superar el término de dos (2) meses...” (negrilla fuera de texto).

En mi criterio, se trata de una orden que para el caso concreto no solo no constituye objeto de revisión sino que con los supuestos fácticos que obran en el expediente, se concluye que no se dan los requisitos para que se le practique la encuesta SISBEN a la menor, con lo cual, la orden no tendrá un efecto real y no era necesaria.

Con lo anterior, si no se conocen las condiciones de la menor para pertenecer al sistema subsidiado, los cuales no se pueden presumir, en tanto sí reúne las exigencias del Régimen Contributivo al cual pertenecía, por cuanto ella no se encuentra desamparada, dado que la accionante la tiene bajo su custodia y cuidado personal, dable resulta colegir que no irá a acreditar las exigencias del Régimen Subsidiado; es así como la propia ley le ofrece la alternativa de pertenecer al Régimen Contributivo de Unidad de Pago por Capitación, dado que la accionante cotiza a dicho régimen, aunque, de no contar con los medios económicos para cancelar la citada UPC, tiene la opción de acudir en cualquier momento a la entidad competente para que le sea realizada la encuesta SISBEN, sin necesidad de la orden impartida por la Sala en el numeral segundo del fallo de T- 939 de 2001.

Son los anteriores aspectos los que me llevan a apartarme parcialmente de la decisión mayoritaria, como ha quedado planteado.

Fecha ut- supra.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

1 Corte Constitucional, Sentencia SU-225 de 1998 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2 Ver entre otras las Sentencias SU-819/99 MP. Alvaro Tafur Galvis, T-153/00 MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-610/00 MP. Carlos Gaviria Díaz y T-387/01 MP. Jaime Córdoba Triviño.

3 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-819 de 1999 MP. Alvaro Tafur Galvis.

4 Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 2001 MP. Alejandro Martínez Caballero.

5 Pueden verse entre otras las sentencias C-412/95 MP. Alejandro Martínez Caballero, T-587/98 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-562/95 MP. Jorge Arango Mejía.

6 En Sentencia C-093 de 2001 MP. Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “haya cumplido 25 años” contenida en el artículo 89 del Código del Menor.

7 En Sentencia C-814 de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “moral” contenida en el artículo 89 del Código del Menor.

8 Cfr. Código del Menor, artículos 88 y 96.

9 La Corte Suprema de Justicia se ha referido al respecto en los siguientes términos: “El cuidado persona se traduce en el oficio o función, mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta, siempre con la mira puesta en el filio, en el educando, en el incapaz de obrar u autorregular en forma independiente su comportamiento”. (CSJ. Sala Civil, Sentencia de marzo 10 de 1987)

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de diciembre 1 de 1995 MP. Pedro Lafont Pianetta.

11 Corte Constitucional, Sentencia SU-225 de 1998 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

12 Ibídem. Fundamento jurídico No.13

13 Corte Constitucional, Sentencia C-307 de 1999 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.