



Sentencia T-590/16

Referencia: Expediente T-5.619.634

Acción de Tutela instaurada por el señor Leonel Montoya Gómez, como agente oficioso de su nieto Jerónimo Marulanda Montoya, contra la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional y la Seccional del Valle del Cauca

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Alejandro Linares Cantillo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela dictado por la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor Leonel Montoya Gómez instauró acción de tutela, como agente oficioso de su nieto Jerónimo Marulanda Montoya, contra la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, con el propósito de que le sean amparados los derecho del menor a la vida, a la seguridad social y a la salud.

1.1 Hechos

La acción de tutela fue admitida por la autoridad judicial de primera instancia el 4 de mayo de 2016¹, vinculando en la misma providencia a la Seccional Valle del Cauca de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional. Los hechos relevantes se resumen así:

- i. El señor Leonel Montoya Gómez fue sargento primero de la Policía Nacional y se retiró hace más de 5 años del servicio activo.
- ii. En la actualidad se encuentra afiliado al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en el que aparecen como beneficiarios su cónyuge y sus dos hijos menores de edad.
- iii. La hija del señor Montoya Gómez, de 16 años de edad, dio a luz a su nieto Jerónimo Marulanda Montoya, quien para el momento de la instauración de la acción de tutela tenía pocos días de nacido, pues el alumbramiento ocurrió el 9 de abril de 2016.
- iv. Al acudir a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional para afiliar al menor, les manifestaron que sólo le prestarían atención los primeros diez 10 de vida, ya que no se hallaba dentro de los beneficiarios del sistema de salud existente para los miembros de la fuerza pública.
- v. El padre del recién nacido tiene 19 años y, según se afirma en la demanda, depende económicamente de su familia, toda vez que se encuentra realizando estudios universitarios.
- vi. El señor Montoya Gómez sostiene que ni el padre, ni la madre de su nieto cuentan con ingresos económicos para asegurar su afiliación al sistema de seguridad social en salud.

1.2. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en los hechos relatados, el señor Montoya Gómez solicitó al juez de tutela que ordenara a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional afiliar al menor Jerónimo Marulanda Gómez al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y, específicamente, al Subsistema de Salud de la Policía Nacional².

Para sustentar la solicitud realizada, se citaron varios fallos de tutela en los que se garantiza el acceso efectivo a la prestación del servicio de salud a niños

¹ Cuaderno 1, folio 12.

² De conformidad con el Decreto 1795 de 2000, el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional se halla dividido en dos subsistemas: el subsistema de salud de las fuerzas militares, regulado a partir del capítulo tercero, y el subsistema de salud de la Policía Nacional, descrito a partir del capítulo IV del mismo Decreto.

recién nacidos³. Como elemento común de esas providencias, se advierte la consideración sobre la vulneración del citado derecho, cuando el menor no está cubierto por el sistema, independientemente de que padezca o no una patología. En tal virtud, como componente del derecho a la salud se ha desarrollado el deber de afiliación del menor, tanto en los casos en que no cuenta con ninguna otra alternativa de cobertura, como en aquellas hipótesis en que se encuentra en una situación de dependencia, total o conjunta, respecto de su abuelo. En ambas alternativas, la jurisprudencia constitucional ha permitido la vinculación del niño en calidad de beneficiario de este último.

Finalmente, la necesidad de asegurar la cobertura de salud tiene respaldo en el principio de solidaridad y en la prevalencia de los derechos de los niños, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución.

1.3. Contestación de las partes demandadas

1.3.1. Contestación de la Dirección de Sanidad, Seccional Sanidad Valle del Cauca⁴

La Jefe de la Seccional de Sanidad de la Policía Nacional del Valle del Cauca intervino dentro del término otorgado por la autoridad judicial de primera instancia para oponerse a las pretensiones del demandante. En general, señaló que el subsistema de salud de la Policía Nacional es un régimen especial regulado por la Ley 352 de 1997⁵, el Decreto 1795 de 2000⁶ y sus normas reglamentarias⁷. En consecuencia, tiene una reglamentación propia, frente a la cual no es aplicable el Sistema General de Seguridad Social en salud, regulado por la Ley 100 de 1993 y aquellas disposiciones que lo han modificado.

En este sentido, de conformidad con el artículo 23 del Decreto 1795 de 2000, entre otros, se entiende como *afiliado* a este régimen especial a los miembros de la Policía Nacional que gocen de asignación de retiro⁸. Por su parte, el artículo 24 del Decreto en cita, le otorga la condición de *beneficiarios* al cónyuge; al compañero o compañera permanente; a los hijos que todavía no han alcanzado la mayoría de edad; a los hijos menores de 25 años que dependan económicamente del afiliado y tengan la condición de estudiantes con dedicación exclusiva; a los hijos mayores de 18 años que padezcan invalidez absoluta y permanente; y, en casos excepcionales, a los padres del afiliado, siempre que dependan económicamente de éste⁹. En criterio de la Dirección de Sanidad, de llegar a brindarse el servicio de salud a personas que

³ Sentencias T-218 de 2013, T-632 de 2013 y T-065 de 2014.

⁴ Cuaderno 1, folios 23 a 29.

⁵ “Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”.

⁶ “Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

⁷ Régimen expresamente excepcionado del sistema general de seguridad social en salud, de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993; según el cual: “El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplicará a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía, ni al personal regido por el Decreto 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas (...)”.

⁸ Artículo 23, literal A, numeral 2, Decreto 1795 de 2000.

⁹ Artículo 24, Decreto 1795 de 2000.

no se encuentran dentro de su cobertura, se produciría una afectación del principio de legalidad.

A continuación, enfatizó que jurídicamente no era viable afiliar al nieto del señor Montoya Gómez, en virtud de que no hace parte de los posibles beneficiarios del subsistema. Sin embargo, ello no implica que quede en una situación de desprotección, ya que su padre es mayor de edad y tiene la patria potestad de su hijo, entendida como el conjunto de derechos y obligaciones que la ley le reconoce frente a su descendiente¹⁰. Por tal razón, es a este último sujeto a quien le corresponde asegurar la afiliación al sistema del recién nacido.

Finalmente, también existe la posibilidad de que el niño sea afiliado al régimen subsidiado. En este caso, la prestación correspondería a la materialización de la obligación del Estado de suministrar cobertura en salud a toda la población. Por lo demás, en caso de desviarse los recursos del subsistema de salud hacia población no cubierta, se desvirtúa su excepcionalidad y se pone en riesgo su viabilidad financiera, incidiendo en la posibilidad de sus usuarios de acceder a los servicios legalmente establecidos para ellos.

1.3.2. Contestación de Dirección de Sanidad de la Policía Nacional

La Dirección de Sanidad de la Policía Nacional guardó silencio dentro del término otorgado por la autoridad judicial de primera instancia para ejercer su derecho de defensa.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN Y PRUEBAS RELEVANTES APORTADAS AL PROCESO

2.1. Sentencia de primera y única instancia

En sentencia del 11 de mayo de 2016, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga resolvió denegar el amparo solicitado. Para adoptar esta decisión, se señaló que la normatividad que regula quienes pueden ser beneficiarios del régimen especial de salud, que cubre a los miembros de la Policía Nacional, no contempla la afiliación de los nietos. Tal posibilidad se halla circunscrita al cónyuge, a la compañera o compañero permanente, a los hijos menores de 18 años o hasta los 25 años de edad si dependen económicamente del afiliado y a aquellos que padezcan invalidez absoluta.

A continuación, indicó que si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha extendido la posibilidad de afiliación a los nietos¹¹, ello ha sucedido en casos excepcionales, como ocurre cuando la nieta presenta graves problemas de salud o cuando los abuelos mantienen su custodia. Empero, en este caso, el padre del menor es mayor de edad y puede hacerse cargo de su hijo, sin que se

¹⁰ La entidad cita el artículo 288 del CC.

¹¹ Se mencionó las Sentencias T-632 de 2013 y T-065 de 2014.

hayan otorgado elementos de juicio de los que sea posible inferir que aquél está adelantando estudios universitarios o que depende económicamente de otras personas.

Finalmente, la afiliación del menor al sistema de salud también puede realizarse a través del régimen subsidiado, o dado el caso, efectuando un pago adicional a la UPC, según lo establecido en el artículo 40 del Decreto 806 de 1998, que aplica hasta el tercer grado de consanguinidad directa, hipótesis frente a la cual no se acreditó la falta de capacidad de pago, con miras a lograr la afiliación.

2.2. Pruebas relevantes aportadas al proceso

- a. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Leonel Montoya Gómez, quien actúa como agente oficioso de su nieto (cuaderno 1, folio 7).
- b. Copia del registro civil de nacimiento de Jerónimo Marulanda Montoya, con fecha de del 9 de abril de 2016. Como padre figura el señor Julián Alejandro Marulanda y, como madre, la joven Lina Marcela Montoya Urrea (cuaderno 1, folio 8).
- c. Tarjeta de identidad de la menor Lina Marcela Montoya Urrea, con fecha de nacimiento 4 de junio de 1999 (cuaderno 1, folio 9).

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente fue seleccionado por medio de Auto del 14 de julio de 2016, proferido por la Sala de Selección número Siete.

3.2. Problema jurídico y esquema de resolución

De los hechos narrados y probados en la causa, le corresponde a esta Sala de Revisión establecer si la Seccional Valle del Cauca de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional vulneró los derechos a la salud y a la seguridad social de un niño de menos de un año de nacido, al negar su afiliación al Subsistema de Salud que se presta a través de dicha Dependencia, a pesar de que su abuelo es afiliado y cotizante del mismo.

Previo a resolver el problema jurídico, la Sala se referirá al cumplimiento de los requisitos procesales de la acción de tutela. A continuación, abordará el estudio sobre el fundamento constitucional para la aplicación analógica de la categoría de beneficiario del Sistema General de Seguridad Social en Salud, al régimen exceptuado de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Con sujeción a lo expuesto, en último lugar, se adelantará el examen del caso concreto.

3.3. Del cumplimiento de los presupuestos procesales de la acción de tutela

3.3.1. Legitimación por activa

El inciso primero del artículo 86 de la Constitución establece que toda persona podrá instaurar acción de tutela para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, ya sea por sí misma o por alguien que actúe en su nombre¹². A su vez, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 contempla la figura de la *agencia oficiosa*, al desarrollar el alcance de la legitimación por activa en materia de tutela. Al respecto, el inciso segundo de la norma en cita dispone que: “(...) *se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud*”.

Ahora bien, en la jurisprudencia reiterada de la Corte, se han identificado los requisitos para que proceda la agencia oficiosa, señalando que “*es necesario que (i) se manifieste explícitamente que se está actuando en tal condición, y (ii) que se demuestre que la persona titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra imposibilitada para promover su propia defensa, ya sea por incapacidad física o mental, o por la existencia de un obstáculo insuperable para promover la acción*”¹³. En todo caso, es preciso señalar que en relación con el primer requisito, la jurisprudencia de la Corte ha flexibilizado su examen, bajo el entendido que se acepta la legitimación, siempre que de los hechos y de las pretensiones se haga evidente que el agente actúa como tal. Así las cosas, si existe manifestación expresa o si de los hechos se torna irrefutable que obra en dicha condición, el juez de tutela deberá analizar el cumplimiento del segundo requisito y determinar si, en el caso bajo estudio, las circunstancias particulares y concretas le impiden al titular de los derechos presuntamente vulnerados actuar por sí mismo”¹⁴.

Adicionalmente, tratándose de menores de edad, en el inciso tercero del artículo 44 de la Constitución se dispone que “*la familia, la sociedad y el Estado tiene la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos*”, circunstancia por la cual, *prima facie*, “*cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores*”. Aun cuando de la citada norma parecería inferirse un mandato amplio de legitimación, cabe señalar que su alcance ha sido objeto de aclaración, a partir de las reglas que se derivan de la patria potestad que detentan los padres¹⁵. Por

¹² De conformidad con el inciso aludido: “*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí mismo o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)*”.

¹³ Sentencia T-845 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴ Sentencia T-162 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁵ El artículo 306 del Código Civil dispone que: “*La representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres. // El hijo de familia sólo puede comparecer en juicio como actor, autorizado o representado por uno de sus padres. Si ambos niegan su consentimiento al hijo o si están inhabilitados para prestarlo o si autorizan sin representarlo, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil para la designación del curador ad litem. // En las acciones civiles contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse*

esta razón, la procedencia de la agencia oficiosa a favor de menores de edad ha sido interpretada por la Corte en los siguientes términos:

“En aquellos [casos] en que se busca la protección de los derechos fundamentales de los niños, la agencia oficiosa sólo será procedente cuando sus padres o, en ausencia de ellos, sus representantes legales, primeros llamados a su protección, estén imposibilitados física o mentalmente para representarlos o cuando, pudiendo hacerlo, no acudan en su defensa. Esta *subregla* se deriva, por una parte, del reconocimiento que como derecho fundamental le otorga la Constitución a la honra, a la dignidad y a la intimidad de la familia (CP arts. 15 y 42), aunado al rol que se prevé para dicha institución como motor para la protección, amparo y desarrollo de sus integrantes (CP arts. 5, 42 y 44). Y, por la otra, responde a la lógica misma del Decreto 2591 de 1991, en donde la legitimación por activa de la acción de tutela, se sujeta a la actuación del titular del derecho fundamental vulnerado o amenazado, directamente o a través de sus representantes, y sólo en aquellos casos en que ello no resulte posible, habilita el actuar del agente oficioso, tal como ya se explicó. Incluso, el artículo 44 del Texto Superior, sujeta la obligación de asistir y proteger al niño, por virtud del cual cualquier persona ‘puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores’, a un orden lógico de actuación, esto es, en primer lugar, la familia; y en segundo término, la sociedad y el Estado.”¹⁶

En este caso, a juicio de la Sala, se cumple a cabalidad el requisito de legitimación por activa a partir de la *agencia oficiosa* que se alega, por las siguientes razones: en primer lugar, es claro que el menor nació el 9 de abril de 2016¹⁷, luego le resulta imposible que abogue por sus derechos, en virtud de su corta edad. En segundo lugar, a pesar de que la acción no se ejercita por los representantes legales, como primeros llamados a impulsar la defensa de los derechos de los niños, en su lugar lo hace un miembro de su familia y con el cual existe un grado cercano de proximidad, específicamente su abuelo, quien da a entender las razones por las cuales la actuación no se realiza por sus padres. En efecto, por una parte, se manifiesta que tanto la mamá como el papá (de 16 y 19 años de edad), se encuentran en una situación de dependencia económica frente a sus padres; y por la otra, la pretensión que se formula se vincula directa-mente con la condición de afiliado que tiene el señor Montoya Gómez en el régimen especial de salud de la Policía Nacional.

3.3.2. Legitimación por pasiva

De conformidad con el inciso primero del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela podrá instaurarse cuando quiera que los derechos fundamentales de las personas “*resulten vulnerados o amenazados por la acción o*

a cualquiera de sus padres, para que lo represente en la litis. Si ninguno pudiere representarlo, se aplicarán las normas del Código de procedimiento Civil para la designación de curador ad litem.”

¹⁶ Sentencia T-732 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁷ Cuaderno 1, folio 8.

la omisión de cualquier autoridad pública” o de los particulares en los casos previstos en la Constitución y la ley.

En el asunto *sub-judice*, la solicitud de amparo se formula contra la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, destacando que el juez de instancia vinculó a una de sus seccionales, como lo es la del Valle del Cauca. Dado que ambas entidades son autoridades públicas, más allá de ser parte del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en concreto del Subsistema de la Policía Nacional¹⁸, de acuerdo con lo previsto en la Ley 352 de 1997¹⁹ y en el Decreto 1795 de 2000²⁰, es claro que frente a la parte accionada se acredita la legitimación por pasiva.

3.3.3. Principio de inmediatez

A pesar de que no está sujeta a término de caducidad alguno, la viabilidad procesal de la acción de tutela exige que su interposición se haga dentro de un plazo razonable, contabilizado a partir del momento en el que se generó la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, de manera que el amparo responda a la exigencia constitucional de ser un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (CP art. 86), con miras a asegurar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza²¹. Este requisito ha sido identificado por la jurisprudencia de la Corte como el *principio de inmediatez*²².

Una actuación en sentido contrario, esto es, alejada en el tiempo del marco de ocurrencia del hecho generador de la vulneración alegada, desvirtúa el alcance jurídico dado por el Constituyente a la acción, pues cuando el accionante no actúa con prontitud en la solicitud del amparo, se infiere que éste no requiere de una protección urgente, efectiva e inmediata, más allá de que también pueda convertirse en un factor de inseguridad jurídica y de posible afectación de los derechos de terceros²³.

En el caso concreto, la demanda instaurada por el señor Montoya Gómez fue presentada el 4 de mayo de 2016²⁴, mientras que el nacimiento de su nieto se produjo el 9 de abril del año en cita²⁵, es decir, que el agente oficioso acudió en búsqueda del remedio constitucional sin que pasara siquiera un mes desde el alumbramiento del menor Jerónimo Marulanda Montoya. Por ello, a juicio de esta Sala, se considera que se trata de un término razonable que no desvirtúa el carácter urgente e inminente del amparo (CP art. 86).

¹⁸ Artículo 1º, Ley 352 de 1997.

¹⁹ *Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.*

²⁰ *Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.*

²¹ Precisamente, el artículo 86 dispone que: “*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la **protección inmediata** de sus derechos constitucionales fundamentales (...)*”. Énfasis por fuera del texto original.

²² Véanse, entre otras, las Sentencias SU-961 de 1999, T-344 de 2000, T-1169 de 2001, T-105 de 2002, T-575 de 2002, T-843 de 2002, T-315 de 2005, T-993 de 2005 y T-1140 de 2005.

²³ Sentencia T-279 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁴ Cuaderno 1, folio 12.

²⁵ Cuaderno 1, folio 8.

3.3.4. Principio de subsidiariedad

Esta Corporación en su jurisprudencia reiterada ha explicado que los artículos 86 de la Constitución y 6 del Decreto 2591 de 1991 contemplan el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela²⁶. En tal virtud, el amparo puede ser instaurado por cualquier persona ante la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, siempre y cuando se halle dentro de alguna de las siguientes hipótesis: (i) que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración o amenaza de los derechos alegados; o que, en caso de existir, (ii) dicho medio no resulte eficaz o idóneo para la protección del derecho reclamado; o que, pese a su eficacia, (iii) sea necesaria la intervención transitoria del juez constitucional, con el propósito de evitar la consumación de un perjuicio irremediable²⁷.

A partir de lo expuesto, y de conformidad con el inciso primero del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, según el cual *“la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”*, este Tribunal ha sostenido que no cabe una valoración genérica del medio ordinario de defensa judicial, pues en abstracto cualquier mecanismo puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales.

Por esta razón, la jurisprudencia ha establecido que la *eficacia* de la acción ordinaria sólo puede prodigarse en atención a las características y exigencias propias del caso objeto de estudio, de modo que se logre la finalidad de brindar la plena e *inmediata* protección de los derechos específicos involucrados en cada asunto²⁸. En este sentido, cabe enfatizar que el artículo 3 del Decreto 2591 de 1991 establece que el trámite del amparo constitucional ha de desarrollarse de acuerdo con los principios de eficacia y prevalencia del derecho sustancial²⁹.

Visto lo anterior, en el asunto bajo examen, es claro que, en principio, ante la decisión exteriorizada por la entidad pública demandada consistente en negar la condición de beneficiario del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y, específicamente, del Subsistema de Salud de la Policía Nacional al nieto del accionante, el mecanismo ordinario de defensa judicial que se podría instaurar respecto de dicha determinación, es el derivado del control contencioso por vía de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho ante los jueces administrativos (CPACA art. 138). Esta conclusión se sustenta en que la

²⁶ Sentencia T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁷ En lo pertinente, las normas en cita disponen que: *“Artículo 86.- (...) Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*. *“Artículo 6.- La acción de tutela no procederá: 1.- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”*.

²⁸ Sobre el tema se puede consultar la Sentencia T-646 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁹ El artículo citado establece: *“El trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia”*.

petición formulada se realizó de manera verbal (CPACA, art. 15)³⁰, como consta en el acápite de hechos, siendo procedente que a través de la misma vía la administración diera respuesta al beneficio reclamado. Esta decisión unilateral es generadora de efectos jurídicos, como aquí se ha relatado, sin necesidad de que ella conste o esté plasmada en un documento escrito³¹.

Precisamente, la posibilidad de controvertir actos administrativos proferidos de manera verbal cabe dentro las hipótesis previstas en el citado artículo 138 del CPACA, cuando al consagrar el medio de control de la nulidad y restablecimiento del derecho se dispone que: *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho (...)”*³². En el asunto bajo examen, como se alega por el actor, el **derecho subjetivo** a amparar sería el que permite tener a su nieto recién nacido como beneficiario en el Subsistema de Salud de la Policía Nacional. No obstante, nótese como dicha condición no está consagrada en el régimen legal previsto en el Decreto 1795 de 2000³³, en el que al desarrollar el tema de los descendientes, limita de forma expresa su cobertura a los hijos y no a los nietos del afiliado³⁴. Ante esta circunstancia, no cabe duda de que dicho medio de defensa judicial no resulta idóneo para resolver la controversia planteada, ya que la posibilidad de recurrir al juez administrativo se somete a la condición de que el derecho esté *“amparado en una norma jurídica”*, lo que no se advierte en el asunto sometido a decisión.

Por otra parte, en materia de salud, podría alegarse que las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 le otorgaron a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para decidir, con las atribuciones propias de un

³⁰ La norma en cita dispone que: *“Las peticiones podrán presentarse*

³¹ Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado que: *“La jurisprudencia (...) [de este Tribunal] ha sido clara en indicar que no hay solemnidad que indique que los actos administrativos deban ser plasmados por escrito, pues en algunas ocasiones se profieren de manera verbal, provocando eso sí, efectos jurídicos sobre el administrado, ello implica entonces que se hace necesario romper el paradigma de los medios escritos, pues si bien es ‘más fácil’ probar su existencia, un acto administrativo verbal produce los mismos efectos que uno escrito. Se debe aclarar que para efectos del control legal de los actos administrativos verbales es indispensable probar su existencia, a través de cualquiera de los medios tecnológicos con los que se cuenta hoy en día. Si se entiende que en el devenir diario, la administración puede proferir actos administrativos verbales que por el sólo hecho de su publicación o ejecución producen efectos jurídicos, debe aceptar su existencia, notificación o publicación pueden ser objeto de otros medios de prueba distintos al medio escrito.”* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, Auto del 31 de julio de (2014, radicación número: 25000-23-41-000-2012-00338-01.

³² Énfasis por fuera del texto original.

³³ *“Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”*. Este decreto se profirió en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por Ley 578 de 2000, por lo que necesariamente tiene fuerza de ley, al amparo del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política.

³⁴ Al respecto, el artículo 24 del decreto en cita establece que: *“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. // 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. (...) **Parágrafo 2.-** Los afiliados no sujetos al régimen de cotización no tendrán beneficiarios respecto de los servicios de salud. (...) **Parágrafo 4.-** No se admitirá como beneficiarios del SSMP a los cotizantes de cualquier otro régimen de salud.”*

juez, algunas controversias entre las EPS (o las entidades que se les asimilen) y sus usuarios. Sin embargo, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 señala específicamente las materias sobre las cuales dicha autoridad tiene competencia –norma adicionada por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011–, sin que dentro de las mismas se incluyan aspectos atinentes a los problemas de cobertura relacionados con la afiliación de los beneficiarios o de los hijos de estos últimos al Sistema General de Seguridad Social en Salud o a los regímenes exceptuados, controversia sobre la cual recae la presente acción de tutela, de acuerdo con la delimitación realizada en líneas anteriores³⁵.

Por lo demás, es innegable que el amparo resulta procedente si se tiene en cuenta la naturaleza preferente de la acción de tutela, sobre todo cuando se discute la afiliación de un menor de escasos meses de nacido al sistema de salud, razón por la cual, a juicio de este Tribunal, su falta de aseguramiento supone una amenaza inadmisibles para sus derechos, en especial, si se tiene en cuenta el mandato superior consagrado en el artículo 44 de la Carta, conforme al cual *“los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”*³⁶.

3.3.5. En conclusión, a juicio de esta Sala de Revisión, la acción de tutela interpuesta por el señor Leonel Montoya Gómez, como agente oficioso de su nieto Jerónimo Marulanda Montoya, cumple con los presupuestos procesales de la acción de tutela, razón por la cual la Sala abordará el estudio de fondo del asunto, a partir de las consideraciones que a continuación se exponen.

3.4. Fundamento para la aplicación de una categoría o condición de beneficiario del Sistema General de Seguridad Social en Salud, al régimen exceptuado de salud de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional

Para desarrollar este acápite, la Sala se pronunciará sobre los siguientes aspectos, en primer lugar, se realizará una exposición general de los principios que rigen el derecho a la salud desde su faceta de servicio público; en segundo lugar, se abordarán aspectos sobre la cobertura y el alcance de los regímenes exceptuados, en particular en lo que se refiere a las Fuerzas Armadas y a la

³⁵ Sobre el particular, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 dispone que: **“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. // e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo; // f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud; // g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

³⁶ Artículo 44 CP.

Policía Nacional; en tercer lugar, se referirá a la regla jurisprudencial que permite la aplicación de figuras del Sistema General de Salud en los regímenes exceptuados; y, en cuarto lugar, se planteará la solución del caso concreto a partir de la expedición de la Ley 1753 de 2015.

3.4.1 Principios que rigen el derecho a la salud desde su faceta de servicio público

3.4.1.1. La Constitución Política de Colombia, en el artículo 48, al referirse a la seguridad social, la describe como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, [con] sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. // Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”*. Con posterioridad, al pronunciarse sobre el derecho a la salud, el artículo 49 dispone lo siguiente:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...).”

3.4.1.2. En numerosas oportunidades y ante la complejidad que plantean los requerimientos de atención en los servicios de salud, la jurisprudencia se ha referido a sus dos facetas: por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, su carácter de servicio público³⁷. Así, en cuanto a la primera faceta, la salud debe ser prestada de manera oportuna³⁸, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad³⁹ e igualdad⁴⁰; mientras que, respecto de la segunda, la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 del Texto Superior.

Ahondando en la faceta de la salud como derecho, resulta oportuno mencionar que ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y

³⁷ Sentencias T-134 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁸ En la Sentencia T-460 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, se indicó que la prestación del servicio de salud debe ser oportuna, lo cual implica *“que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado.”*

³⁹ Sentencia T-460 de 2012, en la cual se cita la Sentencia T-760 de 2008.

⁴⁰ Sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, se consideró que dicha condición se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su posición de garante de la integridad física y moral de las personas. Con todo, cabe precisar que, de acuerdo con el artículo 44 de la Carta, en el caso de los niños, el derecho a la salud siempre ha sido considerado un derecho fundamental.

Ahora bien, en relación con la salud como servicio público, el artículo 49 de la Constitución dispone, como se indicó en líneas precedentes, que habrá de seguir los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Ello supone, entre otras cosas, que todas las personas deben tener un acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a los servicios, bienes, facilidades y establecimientos que se requieran para garantizarlo. Esto significa que, tanto de vista legal como administrativo, el sistema de salud debe brindar unas condiciones de cobertura que incluyan su accesibilidad jurídica, física y prestacional.

Dentro de este contexto, se ha destacado que este derecho implica que se le asegure a las personas, tanto individual como colectivamente, las condiciones necesarias para lograr y mantener el *“más alto nivel posible de salud física y mental”*⁴¹. Para ello, sin duda alguna, es necesario prever desde el punto de vista administrativo y regulatorio, condiciones de acceso en todas sus facetas, desde la promoción y la prevención, pasando por el diagnóstico y el tratamiento, hasta la rehabilitación y la paliación. Por esta razón, se ha dicho que el acceso integral a un régimen amplio de *coberturas*, es lo que finalmente permite que se asegure a los individuos y las comunidades la mejor calidad de vida posible.

3.4.2. Aspectos sobre la cobertura y el alcance de los regímenes exceptuados, en particular en lo que se refiere a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional

A través de la Ley 100 de 1993, el legislador reguló el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en cuyo artículo 152 dispuso que a través de la ley previamente mencionada se establecen *“los fundamentos que lo rigen, [se] determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación”*.

Igualmente, el legislador fue enfático en señalar que existen ciertos regímenes exceptuados, para lo cual procedió a su expreso reconocimiento en el artículo 279, en el que se dispone lo siguiente: *“El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia*

⁴¹ Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas”. Para los efectos de esta sentencia, la Sala ha de señalar que, en tratándose de la Fuerza Pública, tal régimen fue regulado por la Ley 352 de 1997⁴² y el Decreto 1795 de 2000⁴³, en forma independiente y armónica con su organización logística y su misión constitucional.

En términos generales, las normas en cita estructuran la prestación del servicio a través del concepto de sanidad⁴⁴, con el objeto de asegurar el “**servicio integral de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal afiliado y sus beneficiarios (...)**”⁴⁵. En concordancia con lo expuesto, el artículo 2 del Decreto 1795 de 2000 señala que: “*Para los efectos del presente Decreto, se define la sanidad como un servicio público esencial de la logística militar y policial, inherente a su organización y funcionamiento, orientada al servicio del personal activo, retirado, pensionado y beneficiarios*”.

Este régimen especial se encuentra, a su vez, subdividido en dos: el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y el Subsistema de Salud de la Policía Nacional, en el cual, una de las entidades que lo constituyen, es la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional⁴⁶. De acuerdo con el artículo 18 del Decreto 1795 de 2000, la finalidad de la citada entidad es la de administrar los recursos e implementar las políticas, planes y programas que se diseñen por el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el Comité de Salud de la Policía Nacional⁴⁷. Para lograr lo anterior, entre sus funciones reguladas en el artículo 19, se encuentra la de recaudar las cotizaciones a cargo de los afiliados al subsistema, así como el aporte patronal a cargo del Estado.

La referencia al aludido pago se torna relevante, pues a partir del mismo se clasifican en dos a los afiliados al subsistema: (i) aquellos sometidos al régimen de cotización, entre los que se encuentran los “*beneficiarios de pensión o de asignación de retiro por muerte del personal en servicio activo, pensionados o retirados de las Fuerzas Militares o de la Policía*”⁴⁸, y (ii) los afiliados que no están sometidos al régimen de cotización, sea porque son personas que prestan el servicio militar obligatorio o por tratarse de alumnos

⁴² “Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.”

⁴³ “Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.”

⁴⁴ Artículo 2, Decreto 1795 de 2000.

⁴⁵ Artículo 2, Ley 352 de 1997. Énfasis por fuera del texto original.

⁴⁶ En el artículo 4 del Decreto 1795 de 2000 se establece que: “El Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (SSMP) está constituido por el Ministerio de Defensa Nacional, el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (CSSMP), el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares (SSFM), el Subsistema de Salud de la Policía Nacional (SSPN), y los afiliados y beneficiarios del Sistema. // El Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares lo constituyen el Comando General de las Fuerzas Militares, la Dirección General de Sanidad Militar, el Ejército Nacional, la Armada Nacional, la Fuerza Aérea y Hospital Militar Central. El Subsistema de Salud de la Policía Nacional lo constituyen la Policía Nacional y la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional”. Énfasis por fuera del texto original.

⁴⁷ “**Artículo 18. Dirección de Sanidad de la Policía Nacional.** La Dirección de Sanidad de la Policía Nacional es una dependencia de la Policía Nacional, encargada de administrar el Subsistema de Salud e implementar las políticas que emita el CSSMP y los planes y programas que coordine el Comité de Salud de la Policía Nacional respecto del SSPN.”

⁴⁸ Literal a), núm. 5, artículo 19, Ley 352 de 1997.

de las escuelas de formación de suboficiales y oficiales de la Fuerza Pública⁴⁹. Esta clasificación igualmente replica en el Decreto 1795 de 2000⁵⁰, y su importancia reside en que podrán existir *beneficiarios* al subsistema, siempre que éstos se encuentren en una relación marital o de convivencia o en uno de los grados de parentesco dispuestos en la ley, con los afiliados sometidos al *régimen de cotización*.

En este orden de ideas, son beneficios de los *afiliados cotizantes*, las siguientes personas: “a) *El cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado*; // 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*; // [y] d) *a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derechos, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado, no pensionados que dependan económicamente de él*”⁵¹.

Un ejercicio comparativo entre la cobertura dispuesta en el régimen especial respecto de aquella que se ofrece en el Sistema General de Seguridad Social en salud, mostraría que este último tendría una mayor cantidad de beneficiarios. En efecto, el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015⁵², el cual modificó el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, incluyó una categoría de beneficiarios relevante para este caso. En la actualidad, en el régimen contributivo de salud, ostentan dicha calidad las siguientes personas:

- “a) El cónyuge.
- b) A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente.
- c) Los hijos hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad que dependen económicamente del afiliado.
- d) Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado.
- e) Los hijos del cónyuge o compañero permanente del afiliado que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales e) <sic c)> y d) del presente artículo.
- f) Los hijos de beneficiarios y hasta que dichos beneficiarios conserven su condición.
- g) Las personas identificadas en los literales e) <sic c)>, d) y e) del presente artículo que están a cargo del afiliado familiar hasta el tercer grado de consanguinidad como consecuencia del fallecimiento o la ausencia de sus padres o la pérdida de la patria potestad por parte de los mismos.

⁴⁹ Literal b), núm. 1 y 2, artículo 19 de la Ley 352 de 1997.

⁵⁰ Artículo 24, Decreto 1795 de 2000.

⁵¹ Ibídem.

⁵² Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

- h) A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de este.
- i) Los menores entregados en custodia legal por la autoridad competente. (...)”

Como se observa, el literal f) del artículo en cita, incluye como beneficiario a los hijos de los beneficiarios, hasta que conserven dicha condición, el cual no se contempla de manera expresa en el Subsistema de la Policía Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 352 de 1997 y en el Decreto 1795 de 2000. Sin embargo, tal hecho, no supone *–prima facie–* que en casos como el que se estudia, necesariamente los hijos de los beneficiarios se encuentren excluidos del subsistema regulado por estas últimas dos disposiciones.

3.4.3. De la regla jurisprudencial que permite la aplicación de figuras del Sistema General de Salud en los regímenes exceptuados

Como se explicó en líneas precedentes, en relación con la faceta de la atención en salud como servicio público, el inciso 2 del artículo 49 de la Constitución establece que se rige “*conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad*”. Al ser mandatos de optimización, inherentes al *telos* social del Estado⁵³ y que se vinculan con sus fines esenciales⁵⁴, es claro que cobijan tanto al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como a los regímenes exceptuados que se consagran en la ley.

La pregunta que surge y que ha sido objeto de tratamiento por parte de esta Corporación reside en determinar en qué consiste o cuál es el alcance de un régimen exceptuado frente a un sistema general de protección.

Para iniciar, como se resaltó en la Sentencia C-432 de 2004⁵⁵, lo exceptuado es aquello que se encuentra excluido o exento de un sistema normativo general, motivo por el cual surge un *principio de especialidad* que se traduce en que ese régimen se gobierna por sus propias reglas y por las prestaciones particulares que permitan cubrir las modalidades concretas y específicas de riesgo que se producen dentro de las actividades exceptuadas.

En este contexto, por su especialidad, dicho tratamiento diferencial se justifica en la medida en que está destinado a mejorar las condiciones del grupo humano al cual se aplica, por lo que resultan inequitativos, o lo que es lo mismo, contrarios al principio de igualdad, “*los regímenes especiales de seguridad social que introducen desmejoras o tratamientos de inferior categoría a los concedidos por el régimen general*”⁵⁶.

⁵³ De conformidad con el inciso 1 del artículo 365 de la CP, “*Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional*”.

⁵⁴ Sobre el particular, cabe destacar que el artículo 2 de la Carta, dispone que uno de los fines esenciales del Estado es el de “*garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...)*”.

⁵⁵ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁶ Sentencia C-432 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

A partir de lo expuesto, no cabe duda de que la existencia de prestaciones especiales a favor de los miembros de la Fuerza Pública (CP art. 216), lejos de ser inconstitucionales, pretenden hacer efectivos los principios de igualdad material y equidad, a partir del establecimiento de unas mejores condiciones que respondan a su situación particular. Ello justifica que se otorgue un régimen especial de protección en materia de salud, que no sólo incluya las prestaciones, medicamentos, tratamientos y procedimientos que cubran los riesgos a los que están o han estado expuestos, sino también un conjunto de prerrogativas que permitan mantener su unidad familiar y proteger a las personas que integran su hogar, más aún cuando tienen la condición de sujetos de especial protección constitucional, como lo son, los niños, los jóvenes, las mujeres o las personas en situación de discapacidad (CP arts. 43, 44, 45 y 46).

Como consecuencia de lo anterior, en varias oportunidades, la Corte ha decidido inaplicar por vía de tutela exclusiones que introducen desmejoras, contrarias al principio de razonabilidad, en relación con el Sistema General de Protección⁵⁷; o incluso ha decidido emplear por vía analógica reglas y coberturas de este último sistema, cuando los regímenes exceptuados no son claros o presentan vacíos en la materia objeto de decisión.

A manera de ejemplo, en la Sentencia T-065 de 2014⁵⁸, este Tribunal expuso que, si bien resultaba razonable que el número de beneficiarios al Subsistema de Salud de la Policía Nacional fuese taxativo, en atención al deber de preservar la sostenibilidad económica de dicho subsistema, lo cierto es que no resultaba razonable que las personas afiliadas a este último contaran con una menor cobertura en su núcleo familiar, que aquella que se ofrece en el Sistema General de Salud.

En esta oportunidad, el Tribunal abordó un caso en el cual se pretendía la afiliación de un menor de 5 años de edad como beneficiario de su abuelo, pensionado de la policía, al Subsistema de Salud de dicha entidad. El escenario constitucional presentaba otros elementos relevantes, como la existencia de un proceso de restablecimiento de derechos, en virtud del cual se buscaba que el niño quedara en custodia provisional de sus abuelos maternos, debido a que la madre padecía una incapacidad por retardo mental.

Al momento de pronunciarse sobre el caso concreto, la Corte reiteró que resultaba inadmisibles, a la luz de la Constitución, que un régimen que se supondría más favorable para sus afiliados, no contemplara soluciones acordes con los principios de universalidad, progresividad y solidaridad que rigen el acceso al servicio de salud, como sí sucedía en el Sistema General con la figura del cotizante dependiente⁵⁹, cuya aplicación *analógica* resultaba obligatoria en el asunto *sub-judice*. En términos de la sentencia en cita:

⁵⁷ En estos casos a través de la excepción de inconstitucionalidad.

⁵⁸ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵⁹ Esta figura se encuentra prevista en el artículo 40 del Decreto 806 de 1998, en el que se dispone que: “**Artículo 40. Otros miembros dependientes.** Cuando un afiliado cotizante tenga otras personas diferentes a

“[T]eniendo en cuenta que el Subsistema de Salud de la Policía Nacional no trae consigo la alternativa del cotizante dependiente, la Sala encuentra que el déficit de la mencionada figura dificulta notablemente la aplicación del principio y deber de solidaridad que rige al sistema (especial o general) de seguridad social en salud, y también impide que se haga efectiva, entre otras, la norma constitucional que obliga a la familia, al Estado y a la sociedad a proteger y asistir al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (Artículo 44 superior).

En concordancia con lo dilucidado atrás, a esta Corte le ha parecido inadmisibles que en regímenes especiales de salud como el del Magisterio o el de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que se supone son más favorables para sus afiliados, no existan soluciones acordes a los principios de universalidad, progresividad y solidaridad, como si sucede en el régimen general de salud a través de la figura del cotizante dependiente⁶⁰, más aún si se tiene en cuenta que la necesidad de la ampliación en la cobertura del sistema de salud debe ser más potente en el caso de los niños, en virtud del interés superior del menor”.

La misma regla relativa a la aplicación *analógica* de una disposición del Sistema General de Seguridad Social en Salud a un régimen exceptuado, con

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.

Parágrafo. La afiliación o desafiliación de estos miembros deberá ser registrada por el afiliado cotizante mediante el diligenciamiento del formulario de novedades.”

⁶⁰ Así fue como en la Sentencia T-549 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se precisó lo siguiente: “(...) debe recordarse que el legislador pretendió al establecer los regímenes de excepciones al régimen general de la Ley 100 de 1993: (i) que los derechos en salud contengan beneficios y condiciones superiores a los que rigen para los demás afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la dicha ley y, a su vez, (ii) en ningún caso, consagre un tratamiento discriminatorio o menos favorable al que se otorga a los afiliados al sistema integral general”. // En el mismo sentido también lo expresó la Sentencia C-1095 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Treviño, así: “la Constitución habilita a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional para tener un régimen especial en materia prestacional y de salud y que ello obedece a la especialidad de sus funciones relacionadas con el mantenimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos y las libertades públicas y con la defensa de la soberanía, independencia e integridad territorial -Artículos 217 y 218 de la Carta-. Luego, como lo ha expuesto la Corte en reiteradas oportunidades, la sola existencia de regímenes especiales no comporta vulneración alguna del derecho de igualdad, a menos, claro está, que en ella se adviertan discriminaciones injustificadas. Entonces, es claro que la sola existencia de un sistema especial de seguridad social no implica la vulneración del derecho de igualdad pues él tiene un claro fundamento constitucional. // Por otra parte, no debe perderse de vista que la existencia de un sistema especial de seguridad social se explica por el propósito de proteger los derechos adquiridos por el personal excluido del régimen general y por la intención de implementar condiciones prestacionales más favorables para cierto grupo de trabajadores en razón de la especialidad de sus funciones. Por ello, no debe olvidarse que un desarrollo del principio de igualdad es precisamente la existencia de una clara correspondencia entre los particulares riesgos implícitos en el desempeño de una actividad específica y el diseño de un sistema de seguridad social que dé cobertura a esos riesgos particulares.” Cfr. Sentencias T-456 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis, y T-625 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

el fin de garantizar la cobertura a un miembro del núcleo familiar fue expuesta en la Sentencia T-632 de 2013⁶¹, a partir del siguiente supuesto:

“[Esta] Corte ha determinado que los regímenes especiales de seguridad social no son contrarios a la Constitución, siempre y cuando los servicios y beneficios que ofrezcan no desconozcan el principio de igualdad, de manera que su regulación y determinación no sea inferior al mínimo consagrado en el régimen de seguridad social que existe en el país. En este sentido, ha sostenido que el tratamiento diferenciado en los regímenes especiales de seguridad social debe estar encaminado a ‘mejorar las condiciones económicas del grupo humano al cual se aplica, por lo que resultan inequitativos, es decir, contrarios al principio de igualdad constitucional, los regímenes especiales de seguridad social que introducen desmejoras o tratamientos de inferior categoría a los concedido por el régimen general’⁶². (...)”.

En esta providencia, este Tribunal se refirió a un caso en el cual una abuela, que gozaba de la pensión de sobrevivientes y se hallaba afiliada a un régimen exceptuado de salud, buscaba que su nieta, quien padecía síndrome de Down, fuese afiliada como beneficiaria. Luego de efectuar un recuento normativo de instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño y enfatizar que, como servicio público, el acceso al sistema de salud debía reunir condiciones de calidad, oportunidad y eficacia; la Corte concluyó que, en cuanto a la cobertura se refiere, un régimen exceptuado no puede incluir desmejoras en términos de amparo al núcleo familiar comparado frente al Sistema General de Salud, circunstancia por la cual esta Corporación tuteló el derecho invocado y ordenó la afiliación de la nieta. En general, se dispuso que la mejor alternativa era la de tenerla “*como cotizante dependiente*”, con el propósito de proteger sus derechos a la salud y a la seguridad social, empleando, de manera analógica, el artículo 40 del Decreto 806 de 1998.

3.4.4. De la solución del caso concreto

3.4.4.1. El señor Leonel Montoya Gómez, quien promueve el amparo, actúa en calidad de oficioso y como abuelo del menor Jerónimo Marulanda Montoya, el cual nació el 9 de abril de 2016, de conformidad con el registro civil obrante en el expediente⁶³. El actor fue miembro de la Policía Nacional y en la actualidad se encuentra retirado, figura como *afiliado cotizante* del Subsistema de Salud de la Policía Nacional, teniendo como beneficiaria a su hija de 17 años de edad, de acuerdo con la tarjeta de identidad que también obra dentro del acervo probatorio⁶⁴.

Cuando él y su hija acudieron a solicitar la afiliación del menor a dicho régimen exceptuado, la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional se negó

⁶¹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶² Sentencia C-835 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En el mismo sentido, véanse las Sentencias C-461 de 1995 y C-1050 de 2000.

⁶³ Cuaderno 1, folio 8.

⁶⁴ Cuaderno 1, folio 9.

con el argumento de que no podía ser considerado beneficiario del referido subsistema, pues no se encontraba dentro de la lista taxativa de personas que tienen dicha condición. Por lo demás, ante la especialidad del régimen, no le eran aplicables las normas del Sistema General de Seguridad Social en Salud que pudiesen cobijarlo. Para la entidad demandada, el acceso al sistema se encontraría sujeto al amparo que le brinde el padre, quien es una persona mayor de edad; o a la posibilidad de que el menor sea incluido dentro del régimen subsidiado de salud.

3.4.4.2. Ante esta situación y en procura de garantizar la cobertura de salud para su nieto, el actor instauró la acción de tutela, pues si bien no padece patología alguna, lo cierto es que la falta de afiliación al sistema de salud supone un riesgo inaceptable en relación con su derecho de acceso, con el fin de cubrir, en términos de integralidad, las contingencias que eventualmente afecten su salud física o mental. Un punto a destacar es la aseveración del señor Montoya Gómez relativa a que el menor depende de él, pues a pesar de la mayoría de edad del padre, éste se encuentra estudiando.

A partir del principio de la buena fe contenido en el artículo 83 de la Constitución⁶⁵ y en procura de asegurar el interés superior del niño, la Sala infiere que, efectivamente, el menor depende económicamente de su abuelo, pues al revisar la información que reposa en el Registro Único de Afiliados a la Seguridad Social (RUAF), se encontró que el padre del menor carece de registro alguno, con lo cual no es posible determinar, con certeza suficiente, que esté trabajando y que tenga la posibilidad de afiliar al menor como beneficiario del régimen contributivo, o que haya sido sometido al proceso de encuesta SISBEN, como potencial usuario del régimen subsidiado⁶⁶.

De esta manera, a juicio de la Sala, si se tiene en cuenta que la madre del agenciado es también menor de edad y es beneficiaria del Subsistema de Salud de la Policía Nacional, lo que se advierte es que la única posibilidad con la que cuenta el niño Jerónimo Marulanda Montoya para acceder al sistema de salud, es la de ser igualmente vinculado como beneficiario de su abuelo al referido subsistema, en especial dada la situación de dependencia económica en la que se encuentra frente a este último.

3.4.4.3. Para tal efecto, inicialmente la Sala debe señalar que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud se produjo un cambio trascendental con la expedición de la Ley 1753 de 2015⁶⁷, pues los nietos que tradicionalmente eran vinculados al sistema a través de la figura del cotizante dependiente, ahora son expresamente reconocidos como *beneficiarios*, sin tener que asumir el pago de una cotización o aporte adicional⁶⁸. En efecto, el literal f) del artículo 218 de la ley en cita establece que, como miembros del núcleo

⁶⁵ De conformidad con el citado artículo: “*Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante estas*”.

⁶⁶ Última revisión: 23 de octubre de 2016.

⁶⁷ “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, Todos por un nuevo país*”.

⁶⁸ Decreto 806 de 1998, art. 40.

familiar, pueden ser inscritos “los hijos de los beneficiarios y hasta que dichos beneficiarios conserven su condición”.

Esta regla de cobertura no aparece ni en la Ley 352 de 1997, ni en el Decreto 1795 de 2000, por lo que los *afiliados cotizantes* a dicho régimen exceptuado, no pueden incluir dentro de sus beneficiarios, como sí ocurre en el Sistema General de Salud, a los nietos de sus hijos menores de edad. La falta de este beneficio en el régimen exceptuado de la Policía Nacional se traduce, por una parte, en un desconocimiento del principio de igualdad, por cuanto el mandato de especialidad que rige a los sistemas excluidos de la Ley 100 de 1993, impide que se introduzcan desmejoras en su cobertura, que sean contrarias al principio de razonabilidad⁶⁹; y por la otra, porque la restricción previamente mencionada resulta incompatible con los principios de universalidad e integralidad⁷⁰, al desconocer la necesidad de ampliar la cobertura del sistema a favor de los niños recién nacidos, cuyos padres todavía tienen la condición de beneficiarios (v.gr. los hijos menores de edad) y esa situación no se ha visto afectada como resulta-do de la paternidad.

En concreto, en cuanto a la razonabilidad de la medida, se advierte que si bien es válido que el legislador establezca diferencias entre los regímenes exceptuados y el Sistema General de Salud, incluso disminuyendo algunos amparos del primero, siempre que en términos generales la cobertura que se ofrezca sea más favorable al afiliado; lo cierto es que, en cuanto a la protección que se otorga al núcleo familiar, la exclusión que se dispone frente a los nietos en el Subsistema de la Policía Nacional, no resulta necesaria, ni proporcional.

En efecto, aun cuando la limitación al número de beneficiarios tiene la entidad suficiente para generar un ahorro al sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, lo que haría que la medida resulte *idónea* respecto de la finalidad de evitar un riesgo financiero en dicho régimen exceptuado. No sucede lo mismo en lo que atañe a su necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto las otras medidas a las cuales podría acudir el accionante, son más onerosas frente al grado de protección que demanda el derecho a la salud. Tal es el caso de someter a un bebé recién nacido al proceso de encuesta SISBEN para ingresar al régimen subsidiado, o de requerir la afiliación a cargo de su progenitor mayor de edad, frente a quien se constató que no tiene cobertura del sistema y al parecer carece de ingresos económicos para asumir su cuidado y protección.

3.4.4.4. Ante esta circunstancia que implica la infracción de varios mandatos constitucionales, la fórmula de solución se brinda por la propia Carta Política, en el artículo 4⁷¹, y por el numeral 6 del artículo 29 del Decreto 2591 de

⁶⁹ Lo anterior ha sido destacado, entre otras, en las sentencias T-632 de 2013 y T-065 de 2014.

⁷⁰ Estos principios se definen en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos: “(...) **Universalidad.** Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida; (...) **Integralidad.** Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud (...)”.

⁷¹ “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. (...)”.

1991⁷², los cuales permiten acudir a la excepción de inconstitucionalidad, con el propósito de inaplicar una norma incompatible con los derechos fundamentales, como ocurre, en este caso, con el artículo 24 del Decreto 1795 de 2000⁷³, que excluye de la posibilidad de ser incluido como parte del núcleo familiar a “*los hijos de los beneficiarios y hasta que dichos beneficiarios conserven su condición*”, prevista en el Sistema General de Seguridad Social en Salud⁷⁴, lo que pone en riesgo el componente de acceso del derecho a la salud del menor Jerónimo Marulanda Montoya, como ha sido expuesto en esta providencia. Sobre el particular, cabe reiterar que el citado derecho siempre ha tenido el carácter de fundamental en el caso de los niños, conforme se dispone en el artículo 44 del Texto Superior⁷⁵.

Como consecuencia de esta inaplicación, a juicio de esta Sala, en concordancia con lo expuesto en relación con la coherencia que, como mínimo, debe existir entre los regímenes exceptuados y el Sistema General en Salud, de acuerdo con los principios de universalidad, solidaridad e integralidad; lo procedente es, por analogía, extender la regla relativa a los beneficiarios del Sistema General al régimen exceptuado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, al menos dentro de las dinámicas del caso objeto de estudio, donde la madre del recién nacido es también menor de edad.

3.4.4.5. Nótese que incluso bajo la protección otorgada no existiría una afectación real a la sostenibilidad de dicho régimen de salud, entre otras, por las siguientes razones: en primer lugar, aplicando de manera analógica la norma señalada en el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015, la calidad de beneficiario, en el caso de “*los hijos de los beneficiarios*”, puede subsistir hasta tanto estos últimos mantengan su condición, luego se trata de una prerrogativa que se extinguirá en un plazo indeterminado pero cierto, es decir, mientras ella continúe vigente; y, en segundo lugar, se trata de una figura que aplica para *afiliados cotizantes*, luego existe una carga económica en cabeza de esa persona que debería cubrir los costos básicos de su acceso.

En el asunto bajo examen, como se destacó en el acápite de antecedentes, el señor Montoya Gómez pertenece al grupo de afiliados sometidos al régimen

⁷² La norma en cita establece que: “**Artículo 29.- Contenido del fallo.** Dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud el juez dictará fallo, el cual deberá contener: (...) 6. Cuando la violación o amenaza de violación derive de la aplicación de una norma incompatible con los derechos fundamentales, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá además ordenar la inaplicación de las normas impugnadas en el caso concreto”.

⁷³ Como previamente se mencionó, la norma en cita dispone que: “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. // 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. (...) **Parágrafo 2.-** Los afiliados no sujetos al régimen de cotización no tendrán beneficiarios respecto de los servicios de salud. (...) **Parágrafo 4.-** No se admitirá como beneficiarios del SSMP a los cotizantes de cualquier otro régimen de salud.”

⁷⁴ Ley 1753 de 2015, art. 218.

⁷⁵ “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

de cotización, lo que supone una erogación de su parte que incide en la financiación del Subsistema de Salud de la Policía Nacional. De allí que, con los elementos probatorios obrantes en el expediente, no pueda considerarse que la afiliación del menor Jerónimo Marulanda Montoya conlleve, en sí mismo considerado, un riesgo para su sostenibilidad económica.

3.4.4.6. Por consiguiente, en la medida en que la autoridad judicial de primera instancia denegó el amparo, a partir de consideraciones que no tuvieron en cuenta el cambio normativo que se dio como consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015, se revocará dicha decisión y, en su lugar, se concederá el amparo solicitado. Para ello, luego de ordenar la inaplicación para el caso concreto del artículo 24 del Decreto 1795 de 2000, se dispondrá que la Seccional Valle del Cauca de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional afilie, como beneficiario del señor Leonel Montoya Gómez, al menor Jerónimo Marulanda Montoya, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a notificación de esta providencia, en los términos dispuestos en el literal f) del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 218 de la citada Ley 1753 de 2015.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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 proferida el 11 de mayo de 2016 por la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, mediante la cual denegó el amparo solicitado por el señor Leonel Montoya Gómez, como agente oficioso del menor Jerónimo Marulanda Montoya.

Segundo.- Por las razones expuestas en esta providencia, inaplicar para el caso concreto del artículo 24 del Decreto 1795 de 2000, *“por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”*.

Tercero.- TUTELAR el derecho fundamental a la salud del citado menor, y en consecuencia, **ORDENAR** a la Seccional Valle del Cauca de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional que afilie, como beneficiario del señor Leonel Montoya Gómez, al menor Jerónimo Marulanda Montoya, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a notificación de esta providencia, en los términos dispuestos en el literal f) del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 218 de la citada Ley 1753 de 2015.

Cuarto.- Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General