

Sentencia T-061/11

GARANTIAS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS QUE SE ENCUENTRAN BAJO UNA MEDIDA DE RESTABLECIMIENTO-Caso en que se encuentra en custodia provisional durante el trámite de su adopción

El sustento constitucional y la definición legal de cualquiera de las medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, impiden que las mismas constituyan un límite o, peor aún, una justificación para la supresión de las atribuciones reconocidas a los menores. El objetivo de estas medidas no es otro que impedir la vulneración de las garantías fundamentales y permitir que ellos gocen efectivamente de cada una de sus potestades.

Para ello, el operador jurídico debe abstenerse de arrinconarlas a un nivel eminentemente formal, de manera que se ejecute lo necesario para identificar qué requerimientos particulares son pertinentes para hacer realidad el interés superior del menor

SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL DEL SENA-Caso en que no se ha permitido acceso por encontrarse la menor en proceso de adopción

La actora pretende que todos los beneficios de los que gozan sus otros hijos sean reconocidos y aplicados a la menor. De hecho, elevó petición ante la entidad para la que trabaja de manera que ella pudiera acceder al Servicio Médico Asistencial, al que tiene derecho la familia del trabajador en virtud de una convención colectiva suscrita hace aproximadamente 50 años. Sin embargo, tanto la entidad demandada como el juez de instancia consideraron que la menor no puede acceder al servicio de salud, hasta tanto culmine el trámite de adopción y se reconozca a la actora como su madre en el registro civil respectivo. A partir de los fundamentos normativos de las medidas de restablecimiento de los derechos de los niños y las pautas legales de interpretación consignadas en la Constitución y en la Ley 1098 de 2006, la Sala discrepa profundamente de las razones por las cuales se negó a la menor el acceso al “Servicio Médico Asistencial” del SENA y considera que la resistencia de la entidad demandada vulnera el derecho a la igualdad y al debido proceso de la menor. La argumentación planteada por el juez de instancia se concentra en resolver una duda absolutamente trascendente para encontrar respuesta al conflicto planteado por la actora: ¿cuáles son los derechos que se pueden reconocer a la menor en virtud de la custodia provisional declarada por el Defensor de Familia dentro del trámite de

adopción? Desafortunadamente la respuesta a esta inquietud se limitó a enumerar las consecuencias jurídicas definidas para la adopción y a compararlas con los requisitos establecidos por los actos administrativos que ordenan el “Servicio Médico Asistencial”.

Tanto el demandado como el a quo olvidaron averiguar qué secuelas trascendentales es posible derivar del trámite mismo de adopción y, especialmente, qué soporte y garantías se deben brindar a la familia a la que se le reconoce la posibilidad material de mantener la custodia de la menor. La duda planteada debía determinar si el hecho de encontrarse formalizando la adopción puede justificar que los derechos de la menor queden suspendidos u obstaculizados y, peor aún, que pese a la convivencia de la niña hace cinco años con esta familia y la declaración oficial de la custodia, se mantenga una diferenciación con respecto a los demás hijos de la actora

SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL DEL SENA-Caso en que se vulneraron los derechos fundamentales a la salud, a la igualdad y al debido proceso de una menor

La Sala considera que se encuentra probada la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la igualdad y al debido proceso de la menor. Bajo esta condición se habrá de revocar la sentencia de instancia y se ordenará al SENA que si aún no lo ha hecho, proceda a afiliar de manera provisional, esto es, mientras llega a su finalización el trámite de adopción, a la menor mencionada como beneficiaria de la actora, de manera que se le garantice un acceso efectivo y oportuno a los servicios de salud que tiene la entidad.

Referencia: expediente T-2844084

Acción de tutela instaurada por María Idalba Ceballos Arrubla, en representación de la menor Sara Valentina Mora Correa, contra el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero de dos mil once (2011).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Nilson Elías Pinilla Pinilla y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y

241, numeral 9 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción de tutela instaurada por María Idalba Ceballos Arrubla, en representación de la menor Sara Valentina Mora Correa, contra el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-.

I. ANTECEDENTES.

La ciudadana María Idalba Ceballos Arrubla presentó escrito de acción de tutela el 17 de agosto de 2010 contra el SENA, en defensa del derecho fundamental a la salud de la niña Sara Valentina Mora Correa. Sustenta su solicitud en los siguientes

1. Hechos y requerimiento:

Señala que mediante Resolución número 28 del 11 de agosto de 2009, el Defensor de Familia adscrito al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar le otorgó la custodia provisional de la niña Sara Valentina Mora Correa y ordenó continuar con el trámite de adopción de la menor.

Aclara que inició el trámite de adopción de la menor, ya que al morir la madre de la niña, ella empezó a vivir con su familia y agrega que hace más de tres años vive y depende económicamente de ella, todo en razón a que ella es su madrina de bautizo.

Anota que actualmente trabaja en el SENA, en el Centro de Tecnologías para la Construcción de Maderas de Bogotá D.C..

Narra que en su calidad de trabajadora del SENA, el día 08 de octubre de 2009 presentó un derecho de petición en el que solicitó la “afiliación temporal” de la niña Sara Valentina al servicio médico asistencial de dicha entidad, basándose en la custodia que se había otorgado por parte del Defensor de Familia.

Precisa que con la solicitud persigue que Sara Valentina cuente con los mismos servicios de

salud que tienen sus otros hijos y considera que los derechos de la niña son superiores a la Convención Colectiva y a los actos administrativos expedidos por el SENA.

Indica que el 21 de diciembre de 2009, la Coordinadora del servicio médico asistencial de la entidad demandada emitió un acto administrativo en el que negó que Sara Valentina accediera a la prestación, sin que se tuviera en cuenta el artículo 44 de la Constitución y el artículo 9 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Solicita que se disponga la protección de los derechos de la menor Sara Valentina Mora Correa y que, como consecuencia, se ordene al SENA la afiliación temporal de la niña al servicio médico asistencial, en tanto se culmina el trámite de su adopción.

2. Respuesta de la autoridad accionada

El representante legal del SENA-Regional Distrito Capital se opone a la pretensión contenida en la acción de tutela presentada por la ciudadana Ceballos Arrubla. En primer término, de conformidad con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, considera que el amparo es improcedente ya que la actora cuenta con otros medios o mecanismos de defensa judicial para hacer valer la defensa del derecho fundamental invocado. Así, teniendo en cuenta que no se ha probado la existencia de un perjuicio irremediable o, siquiera, la vulneración del derecho a la salud, debe darse prelación a los principios de la especialidad de las jurisdicciones y a la separación y colaboración armónica de los poderes públicos.

A continuación, la entidad relaciona los pormenores del trámite que se aplicó al derecho de petición elevado por la actora y transcribe la respuesta que sustenta la negativa de inscribir a la menor en el servicio médico asistencial. A partir de esto insiste en que el Acuerdo SENA 0030 de 1988 y la Resolución SENA 312 de 1987 “establecen de manera clara y expresa los beneficiarios del Servicio Médico Asistencial y aquellos documentos que deben ser aportados para tener derecho al servicio”. Enseguida, como complemento, advierte que el registro civil es el único documento público con la capacidad de probar el Estado Civil de las personas, enlista los efectos jurídicos de la adopción y resalta que sólo será posible ingresar a la niña como beneficiaria del servicio, cuando “el Juzgado de familia mediante sentencia conceda de manera plena la adopción”.

Con todo, puntualiza que no se ha probado, ni existe vulneración del derecho a la salud de la

menor. Explica que el servicio médico asistencial del SENA sólo atiende las patologías clasificadas dentro del primer nivel de atención, por lo que el acceso a las prestaciones de salud de la niña puede satisfacerse a través de la afiliación que la funcionaria realice ante una EPS, teniendo en cuenta que esto le permitirá acceder al POS, incluyendo servicios de mayor complejidad y alto costo.

Posteriormente, la entidad hace énfasis en que solo ha aplicado las normas vigentes que regulan la afiliación al servicio médico asistencial, que son de estricta observancia para todos los servidores de la entidad, y aclara que no ha desconocido el derecho de petición debido a que dio respuesta de fondo a la solicitud planteada por la actora. Luego, narra las condiciones bajo las cuales nació y se desarrolló tal prestación para los servidores del SENA y, entre otros, explica que en razón a que en el esquema de seguridad social no estaba incluida la familia del trabajador, en el año de 1962 nació este derecho a través de una Convención Colectiva. Inclusive, indica que a pesar de la expedición de la Ley 100 de 1993, el Congreso de la República mantuvo el beneficio con la expedición del artículo 45 de la Ley 119 de 1994; al respecto, argumenta lo siguiente:

“De lo anterior, se interpreta que la existencia del Servicio Médico Asistencial fue ratificada (sic) mediante una Ley de la República, y que en la actualidad no ha sido declarada inconstitucional, máxime, cuando la ley 119 de 1994 fue declarada exequible mediante sentencia C-266 de 1995 (Magistrado Ponente, doctor Hernando Herrera Vergara).

Se deduce entonces, que el Servicio Médico Asistencial del SENA, goza de plena legalidad, garantizando objetivamente los derechos individuales en ella contenidos, considerándose como una excepción no regulada por la Ley 100 de 1993, codificación anterior a la Ley 119 promulgada el 9 de febrero de 1994, “Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones”, razón jurídica relevante para afirmar que ésta última goza vigencia, conforme las voces de la Ley 157 de 1887.”

Como resultado, advierte que dada su naturaleza legal, la administración del SENA no puede admitir como beneficiario del Servicio Médico Asistencial a un familiar de un trabajador que se encuentra protegido por alguna modalidad de seguridad social en salud. Sobre el particular afirma: “(...) es necesario recordar lo dispuesto en el inciso tercero del párrafo

5º del artículo 30 del Decreto 907 de 1975, situación ratificada por el artículo 2º del Acuerdo 30 del 20 de septiembre de 1988, que modificó el artículo 25 del Acuerdo 24 de 1978, el cual ordenó: || “No tienen derecho al amparo de que trata el presente acuerdo los familiares enunciados en el artículo vigésimo cuarto (No. 24), cuando están protegidos por alguna modalidad o sistema de seguridad social de tipo asistencial o de seguridad social. El hecho de no estar amparado se probará mediante declaración juramentada presentada ante autoridad judicial competente por parte de empleado público, trabajador oficial o pensionado, declaración que podrá ser confrontada por el SENA, con las diferentes entidades asistenciales y de previsión social”.

II. DECISIÓN OBJETO DE REVISIÓN

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del veintisiete de agosto de dos mil diez, decide no tutelar el derecho fundamental invocado. Para el efecto analiza algunas de las características adscritas al Sistema de Seguridad Social en Salud y a su exigibilidad como derecho conexo a la vida. Enseguida considera que para acceder al conjunto de beneficios propios del Estado Social de Derecho es necesario cumplir con “ciertos requisitos legales” y, en este caso, es imperativo que ella sea declarada como madre adoptiva de la menor para acceder al Servicio Médico Asistencial del SENA. Más adelante concluye lo siguiente: “Por lo anterior se deduce que la accionante no tiene la calidad de madre adoptante y por ende no puede beneficiar a la menor SARA VALENTINA, de lo normado y regulado por Convención Colectiva del SENA, de ser afiliada en el Servicio Médico Asistencial, mientras no cumpla con el proceso legal de adopción (...)”. Finalmente, argumenta que no encontró probada la existencia de un perjuicio irremediable que hiciera procedente la tutela como mecanismo transitorio, teniendo en cuenta que la actora puede afiliar a la menor en una EPS.

III. PRUEBAS

En el trámite de la acción de tutela en comento obran las siguientes pruebas:

1. Copia simple de la cédula de ciudadanía de María Idalba Ceballos Arrubla (folio 01).

1. Copia simple del carné que identifica a María Idalba Ceballos Arrubla como trabajadora oficial del Centro de Tecnologías para la Construcción y la Madera del SENA Distrito Capital (folio 2).

1. Copia simple del registro civil de nacimiento de Sara Valentina Mora Correa (folio 3).

1. Copia simple de la partida de bautismo de Sara Valentina Mora Correa (folio 4).

1. Copia simple del derecho de petición presentado por María Idalba Ceballos ante la junta nacional del Servicio Médico Asistencial del SENA (folios 5 a 7 y 34 a 36).

1. Copia simple de la respuesta proferida por la coordinadora del Servicio Médico Asistencial del SENA a la petición elevada por María Idalba Ceballos Arrubla (folios 8 a 10 y 30 a 32).

1. Copia simple de la Resolución número 28 del 11 de agosto de 2009, “Por medio de la cual se declara provisionalmente la custodia de la niña Sara Valentina Mora Correa a favor de la señora María Idalba Ceballos Arrubla”, proferida por el Defensor de Familia del Centro Zonal Rafael Uribe Uribe del ICBF (folios 11 a 13 y 37 a 39).

1. Copia simple del certificado sobre el trámite de adopción de la niña Sara Valentina Mora Correa adelantado por María Idalba Ceballos Arrubla, proferido por el Defensor de Familia del Centro Zonal Rafael Uribe Uribe del ICBF, fechado el 30 de marzo de 2010 (folio 14).

1. Copia simple del registro civil de defunción de Elcy Mora Correa (folios 15 y 40).

1. Copia simple del Acuerdo 030 de 1988, proferido por el Consejo Directivo Nacional del SENA, “Por el cual se modifica parcialmente el Acuerdo 24 de 1978 y se derogan los Acuerdos 10 de 1980 y 29 de 1987” (folios 45 a 48).

1. Copia simple parcial de la Resolución 0312 de 1987, proferida por el Director General del SENA (folios 49 a 55).

1. Copia simple de la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Laboral, el 16 de octubre de 2009 (folios 56 a 67).

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para revisar el fallo mencionado, de conformidad con lo establecido en los artículos 86, inciso tercero, y 241 numeral noveno de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

La presente acción se fundamenta en la imposibilidad de acceso de una menor de edad al servicio médico asistencial del SENA, debido a que ella se encuentra en proceso de adopción.

De acuerdo a la entidad demandada y al juez de instancia, es necesario definir el registro civil de la niña para que pueda tener entrada a los beneficios que se encuentran restringidos a los familiares del trabajador de la entidad.

Este escenario fáctico y jurídico conlleva a que la Sala se plantee el siguiente problema jurídico: ¿vulnera los derechos de los niños y las niñas y, especialmente la salud, la restricción del acceso al servicio médico con base en que no se ha finalizado el trámite de su adopción?. Para responder este interrogante, la Sala hará mención de las garantías adscritas a un menor que se encuentra en custodia provisional en razón al trámite de su adopción, con el objetivo de identificar, en el caso concreto, si dicho proceso justifica la negativa de su ingreso al servicio médico asistencial del SENA.

3. Garantías de los niños y las niñas que se encuentran bajo una medida de restablecimiento y, en especial, en custodia provisional durante el trámite de su adopción.

3.1. Nuestra Constitución reconoció claramente un trato especial a los niños. De esta manera, en su artículo 44, se consagraron los derechos fundamentales de éstos, entre los cuales se encuentran la familia, la vida, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, el nombre y la nacionalidad, la educación y la cultura; también, en el inciso 3º, se incluyó un principio básico que todo operador jurídico debe atender y aplicar: “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Tal regla implica que el status de los menores en nuestro sistema jurídico ostenta un carácter especial y que, en caso de oposición entre los derechos de éstos y las atribuciones de las demás personas, el intérprete debe considerar primero la satisfacción material de las garantías de los niños, para luego, en la medida de lo posible, equilibrar las demás potestades fundamentales en juego. Como complemento de esta proposición, el legislador también ha reconocido que las normas que regulan las situaciones jurídicas de los menores también prevalecen sobre las demás leyes y cerró el margen de apreciación, al reconocer el valor normativo del “interés superior del menor”¹ y al incluir como pauta de interpretación el principio de favorabilidad aplicable a las normas que regulan fenómenos en los que se encuentran incursos los menores de edad². De acuerdo a este último, ante dos normas que regulan el mismo acontecimiento, es obligatorio que el intérprete escoja y aplique la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos de los niños y las niñas.

Agregado a lo anterior, es necesario indicar que la vigencia normativa y real de la Constitución así como la naturaleza fundamental (por tanto, no prestacional) de los derechos enlistados en el artículo 44, impide que el goce de los derechos se someta a condiciones

legales y formales que supriman el goce efectivo de la atribución. Bajo este marco, la Corte ha destacado que las autoridades, pese a las restricciones materiales del caso, deben hacer lo necesario para que el menor acceda y disfrute de todas sus facultades. De la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y de la Adolescencia, es importante destacar las siguientes garantías:

“ARTÍCULO 17. DERECHO A LA VIDA Y A LA CALIDAD DE VIDA Y A UN AMBIENTE SANO. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente.

La calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano.

PARÁGRAFO. El Estado desarrollará políticas públicas orientadas hacia el fortalecimiento de la primera infancia.

“ARTÍCULO 18. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.

Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.”

Bajo el marco señalado, la jurisprudencia ha advertido que en la medida en que los derechos de los menores tienen el carácter de fundamentales y prevalentes, la obligación de

asistencia y protección necesariamente adquiere una connotación primordial, por lo que resulta inadmisibles que se antepongan otros cometidos para dilatar la eficacia del Estado y la sociedad en el objetivo de asegurar el bienestar de los menores, toda vez que por mandato Superior: “el deber hacia éstos prevalece sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica”³.

Todo lo anterior, ha prevenido la Corte, conlleva a que “las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y las autoridades judiciales, incluyendo los jueces de tutela, con el propósito de establecer las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, en el ejercicio de la discrecionalidad que les es propia y de acuerdo a sus deberes constitucionales y legales, deben atender tanto a (i) criterios jurídicos relevantes, es decir, los parámetros y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil, como a (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado, entendidas como las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados.”⁴

3.2. Pues bien, como instrumento de cumplimiento de los deberes consignados en el Código de la Infancia y de la Adolescencia y como medio de resguardo de los derechos de los niños y las niñas, dicho estatuto establece un conjunto de medidas para hacer frente y contrarrestar aquellas situaciones que pongan en riesgo las atribuciones adscritas a ellos y ellas⁵. En términos generales, el artículo 50 de dicha norma define en qué consisten los objetivos principales del restablecimiento de derechos: (i) la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y (ii) la salvaguarda de su “capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”.

Frente a ellos, la Corte ha aclarado que las obligaciones estatales no se limitan a la aplicación formal de las diferentes atribuciones contenidas en el Código⁶, sino que además es absolutamente indispensable que se adopten las acciones tendientes a garantizar y permitir que dentro del ambiente en el que el niño o la niña se desenvuelven, v. gr. su familia, su interés superior sea una realidad. Por ejemplo, en la sentencia T-572 de 2009 se señaló lo siguiente:

“En este orden de ideas, la acción estatal no puede encaminarse exclusivamente hacia la

implementación de medidas de restablecimiento de derechos (ubicación del menor en centros de emergencia, hogares de paso, adopción, etc.), en tanto que mecanismos legítimos y necesarios dirigidos a proteger los derechos de los niños frente a peligros o amenazas verdaderamente reales contra sus derechos fundamentales, sino que igualmente, y de manera prioritaria, debe encausar su accionar, presupuestal y burocrático, hacia la puesta en marcha de medidas que, como se ha señalado, les faciliten a los padres poder cumplir con sus deberes constitucionales y legales en relación con la prole, y al mismo tiempo, suplir las necesidades económicas del núcleo familiar (vr. Programas de madres comunitarias, jardines del ICBF, etc.).”

Sin embargo, en la misma providencia se anotó que la amplitud de competencias asignadas para el restablecimiento de derechos, exige de manera concomitante que la aplicación de las mismas esté precedida por ciertas condiciones que impidan la vulneración injustificada de los derechos de otras personas. Al respecto, se afirmó lo siguiente: “En este orden de ideas, el decreto y la práctica de medidas de restablecimiento de derechos, si bien se amparan en la Constitución, en especial, en el artículo 44 Superior, también es cierto que las autoridades administrativas competentes para su realización deben tener en cuenta (i) la existencia de una lógica de gradación entre cada una de ellas; (ii) la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada; (iii) la solidez del material probatorio; (iv) la duración de la medida; y (v) las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente”.

En efecto, la Corte ha hecho énfasis en que cualquier medida de restablecimiento debe garantizar previo a su implementación, que de manera alguna ella llegue a constituir un daño mayor sobre los derechos del menor. No hay que perder de vista que las mismas son sólo un instrumento para salvaguardar su dignidad y para permitir el ejercicio pleno de sus derechos. Por ejemplo, dentro del análisis adscrito al proceso de adopción, la sentencia C-804 de 2009 argumentó lo siguiente:

“En el caso de la adopción, la jurisprudencia constitucional ha reconocido esta figura como un mecanismo orientado primordialmente a satisfacer el interés superior del menor cuya

familia no provea las condiciones necesarias para su desarrollo, mediante su ubicación en un núcleo familiar apto: “se desprende del derecho a tener una familia y no ser separado de ésta que en caso de que la familia natural no le brinde al menor el cuidado que merece procede la adopción como forma de garantizarlo. Así, quienes no son padres biológicos contraen por ministerio de la ley las obligaciones que tiene un padre natural. El hijo a su vez encuentra en este nuevo núcleo no natural a la que de ahora en adelante será su familia, a la cual pertenecerá y de la cual no debe ser separado”⁷. En el mismo sentido, se ha afirmado que la adopción “persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible, un núcleo familiar.”⁸

“Dada su naturaleza eminentemente protectora, el proceso de adopción debe estar orientado ante todo por la búsqueda del interés superior del menor,⁹ el cual se debe aplicar como parámetro de interpretación de todas las normas aplicables.”

Nótese que el sustento constitucional y la definición legal de cualquiera de las medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, impiden que las mismas constituyan un límite o, peor aún, una justificación para la supresión de las atribuciones reconocidas a los menores. El objetivo de estas medidas no es otro que impedir la vulneración de las garantías fundamentales y permitir que ellos gocen efectivamente de cada una de sus potestades.

Para ello, el operador jurídico debe abstenerse de arrinconarlas a un nivel eminentemente formal, de manera que se ejecute lo necesario para identificar qué requerimientos particulares son pertinentes para hacer realidad el interés superior del menor.

4. Caso concreto

Desde el momento mismo en que la menor Sara Valentina Mora Correa, de diez años de edad¹⁰, perdió a su mamá, la actora se ha ocupado de todas y cada una de sus necesidades.

Esto, aunado al cariño que la menor ha recibido por parte de ella y de sus allegados, conllevó a que se iniciaran los trámites tendientes a su adopción. Obviamente, este proceso reconoció que la niña venía haciendo parte de una familia desde hace cinco años¹¹ y declaró que mientras transcurría el mismo, con base en el principio de corresponsabilidad¹², la custodia provisional se asignaba a la accionante.

Con fundamento en dicha proclamación, la actora pretende que todos los beneficios de los que gozan sus otros hijos sean reconocidos y aplicados a Sara Valentina. De hecho, elevó petición ante la entidad para la que trabaja de manera que ella pudiera acceder al Servicio Médico Asistencial, al que tiene derecho la familia del trabajador en virtud de una convención colectiva suscrita hace aproximadamente 50 años.

Sin embargo, tanto la entidad demandada como el juez de instancia consideraron que la menor no puede acceder al servicio de salud, hasta tanto culmine el trámite de adopción y se reconozca a la actora como su madre en el registro civil respectivo.

A partir de los fundamentos normativos de las medidas de restablecimiento de los derechos de los niños y las pautas legales de interpretación consignadas en la Constitución y en la Ley 1098 de 2006, la Sala discrepa profundamente de las razones por las cuales se negó a la menor el acceso al “Servicio Médico Asistencial” del SENA y considera que la resistencia de la entidad demandada vulnera el derecho a la igualdad y al debido proceso de la niña Sara Valentina Mora Correa.

La argumentación planteada por el juez de instancia se concentra en resolver una duda absolutamente trascendente para encontrar respuesta al conflicto planteado por la actora: ¿cuáles son los derechos que se pueden reconocer a la menor en virtud de la custodia provisional declarada por el Defensor de Familia dentro del trámite de adopción?

Desafortunadamente la respuesta a esta inquietud se limitó a enumerar las consecuencias jurídicas definidas para la adopción¹³ y a compararlas con los requisitos establecidos por los actos administrativos que ordenan el “Servicio Médico Asistencial”. Tanto el demandado como el a quo olvidaron averiguar qué secuelas trascendentales es posible derivar del trámite mismo de adopción y, especialmente, qué soporte y garantías se deben brindar a la familia a la que se le reconoce la posibilidad material de mantener la custodia de la menor.

La duda planteada debía determinar si el hecho de encontrarse formalizando la adopción puede justificar que los derechos de la menor queden suspendidos u obstaculizados y, peor aún, que pese a la convivencia de la niña hace cinco años con esta familia y la declaración oficial de la custodia, se mantenga una diferenciación con respecto a los demás hijos de la actora. La inconstitucionalidad de la conclusión, a la que llegan la entidad demandada y el juez de instancia, es fácilmente identificable a partir de dos vías:

(i) Ninguno de los límites adscritos a las medidas de restablecimiento de los menores permite que sus derechos sean restringidos durante el trámite de los mismos y, por el contrario, ello exige por parte de los operadores un análisis de las condiciones materiales del niño o la niña en orden a hacer efectivo su interés superior en el caso concreto. Bajo este panorama, se hacía necesario establecer si en este caso la menor se encuentra resguardada por algún esquema de salud, previo a rechazar los beneficios derivados del “Servicio Médico Asistencial”.

Seguramente, de haberse efectuado alguna reflexión al respecto, agregado a la verificación de algunas de las normas que son aplicables al caso, se habría detectado que Sara Valentina se encuentra en una situación que le impide acceder de manera regular a los servicios de salud. La entidad demandada y el juez de instancia consideraron que ella podía afiliarse a una EPS en calidad de beneficiaria de la actora. Infortunadamente no se percataron que en dicho evento su afiliación también puede estar condicionada a la terminación del proceso de adopción y a la ‘actualización’ del registro civil.

En todo caso, la Sala advierte que Sara Valentina no se encuentra desprotegida de manera absoluta por el Sistema de Salud, teniendo en cuenta lo previsto en el Código de la Infancia y de la Adolescencia. En efecto, de conformidad con el artículo 27 de este Estatuto, los menores de edad que no se encuentren afiliados a alguno de los regímenes de afiliación, deben ser atendidos por cualquier entidad prestadora, pública o privada, con cargo a los recursos de la Nación. La norma en cuestión dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 27. DERECHO A LA SALUD. Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud.

En relación con los niños, niñas y adolescentes que no figuren como beneficiarios en el régimen contributivo o en el régimen subsidiado, el costo de tales servicios estará a cargo de la Nación.

Incurrirán en multa de hasta 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes las autoridades o personas que omitan la atención médica de niños y menores.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos de la presente ley se entenderá como salud integral la garantía de la prestación de todos los servicios, bienes y acciones, conducentes a la conservación o la recuperación de la salud de los niños, niñas y adolescentes.”

¿Implica lo anterior que en el presente caso no existe alguna vulneración de los derechos fundamentales adscritos a Sara Valentina? La respuesta, teniendo en cuenta la situación particular de la menor, es negativa. En efecto, aceptar que no existe desconocimiento de los derechos fundamentales de la actora conlleva a admitir que, a pesar de la custodia provisional, mientras perdure el trámite de la adopción, ella debe recibir un trato diferente y más gravoso con respecto a los demás hijos y que debe permanecer bajo un menor rango de garantías.

(ii) Adicionalmente, la petición de la actora se fundamenta en el apoyo que el Estado y la Sociedad deben brindar a la familia que decide acoger a la menor que se encuentra en peligro o en una situación de desprotección de sus derechos. Este escenario se encuentra previsto en el artículo 67 del Código de la Infancia y la Adolescencia de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 67. SOLIDARIDAD FAMILIAR. El Estado reconocerá el cumplimiento del deber de solidaridad que ejerce la familia diferente a la de origen, que asume la protección de manera permanente de un niño, niña o adolescente y le ofrece condiciones adecuadas para el desarrollo armónico e integral de sus derechos. En tal caso no se modifica el parentesco.”

Sin duda, declarar que una persona tiene la custodia provisional de un menor, implica que ésta cumplió con un conjunto riguroso de requisitos y deberes, necesarios para afianzar la protección del niño, pero también conlleva a asignarle las facultades necesarias para cumplir con aquellos. De esta manera, quien asume de manera transitoria las obligaciones propias de la familia¹⁴, como en el caso de la custodia provisional, debe ostentar las facultades suficientes para garantizar, por ejemplo, el goce efectivo del derecho a la salud del menor.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala considera que se encuentra probada la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la igualdad y al debido proceso de la niña Sara Valentina Mora Correa. Bajo esta condición se habrá de revocar la sentencia de instancia y se ordenará al SENA que si aún no lo ha hecho, proceda a afiliar de manera provisional, esto es, mientras llega a su finalización el trámite de adopción, a la menor mencionada como beneficiaria de María Idalba Ceballos Arrubla, de manera que se le

garantice un acceso efectivo y oportuno a los servicios de salud que tiene la entidad.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo proferido por el Juez Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en el que denegó la protección de derechos invocada por María Idalba Ceballos Arrubla a nombre de la niña Sara Valentina Mora Correa. En su lugar, CONCEDER la protección de los derechos a la igualdad, al debido proceso y a la salud, y ORDENAR al SENA que, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, si aún no lo ha hecho, proceda a afiliar de manera provisional, esto es, mientras llega a su finalización el trámite de adopción, a la menor mencionada como beneficiaria de María Idalba Ceballos Arrubla, de manera que se le garantice un acceso efectivo y oportuno a los servicios de salud que tiene la entidad.

Segundo: Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sin desconocer la reiterada jurisprudencia constitucional sobre este valor, vale la pena señalar que la Ley 1098 define esta pauta de la siguiente manera: “ARTÍCULO 8o. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

Dentro de este contexto, para la Corte, “el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal” (sentencia T-397 de 2004, negrilla fuera de texto original).

2 La Ley 1098 de 2006 reconoce este principio en dos niveles, de la siguiente manera: “ARTÍCULO 5o. NATURALEZA DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN ESTE CÓDIGO. Las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, contenidas en este código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes.

ARTÍCULO 6o. REGLAS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”

“ARTÍCULO 9o. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se

aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. (negrilla fuera de texto original).

3 Ver sentencias T-029 de 1994 y T-968 de 2009.

4 Ibídem

5 Vid. Arts 50 y siguientes de la Ley 1098 de 2006.

6 Ley 1098 de 2006, art. 53.

7 Sentencia T-881 de 2001

8 Sentencia T-587 de 1998

9 En ese sentido, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional” establece en el preámbulo que en todo proceso de adopción, el interés superior del menor debe constituir la principal consideración; a su vez, el artículo 14 de esta Declaración establece que al decidir sobre procesos de adopción, se debe procurar la ubicación del menor en el ambiente más apropiado para su desarrollo.

10 El Registro Civil de Nacimiento de la menor se puede examinar en el folio 3.

11 La progenitora de la menor fue asesinada el 24 de noviembre de 2005 (folio 11).

12 En uno de los fundamentos del acto administrativo proferido por el Defensor de Familia del Centro Zonal Rafael Uribe Uribe, el 11 de agosto de 2009, se lee lo siguiente: “Que frente al principio de corresponsabilidad establecido en la Ley 1098 de 2006, Código del Infante y Adolescente, donde se establece que la familia, la sociedad y el Estado, son las instituciones responsables en la preservación de los derechos, del niño, niña y Adolescente. Y frente a la situación de la niña SARA VALENTINA MORA CORREA. || RESUELVE || ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR LA CUSTODIA PROVISIONAL DE LA NIÑA SARA VALENTINA MORA CORREA A LA SEÑORA MARIA IDALBA CEBALLOS ARRUBLA, indentificada (...) || ARTICULO SEGUNDO: Continuar con el trámite de Adopción solicitado al Defensor de Familia de este CZ. (...).

13 Ley 1098 de 2006, art. 64.

1. Protegerles contra cualquier acto que amenace o vulnere su vida, su dignidad y su integridad personal. (...)

7. Incluirlos en el sistema de salud y de seguridad social desde el momento de su nacimiento y llevarlos en forma oportuna a los controles periódicos de salud, a la vacunación y demás servicios médicos.”