

Sentencia T-177/17

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Persona natural en representación de sobrina menor de edad

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Fundamental y prevalente

Se tiene que: “(i) el derecho a la salud tiene la naturaleza de ser un derecho fundamental autónomo; (ii) ese derecho se torna más riguroso cuando se trata de brindar protección y cobertura a un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, razón por la cual la familia, la sociedad y el Estado deben garantizar el desarrollo armónico e integral de los derechos que les asiste a aquellos; (iii) que diferentes instrumentos internacionales reconocen la fundamentalidad del derecho a la salud frente a menores de edad; y, (iv) que la no inclusión en calidad de afiliado, de vinculado o de beneficiario de una persona al Sistema de Seguridad Social en Salud (régimen general o regímenes especiales), contando con disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad en el servicio, constituye en sí misma una vulneración no solo del derecho a la seguridad social, sino también del derecho a la salud y que en ese sentido se torna procedente el amparo constitucional”.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Protección constitucional reforzada en el ámbito interno y en el ámbito internacional

DERECHO A LA SALUD-Mecanismos esenciales e interrelacionados de disponibilidad, calidad, aceptabilidad y accesibilidad según Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Principio que deben tener en cuenta las autoridades involucradas en la prestación de servicios de salud a niños, niñas y adolescentes

REGIMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Deber de interpretación conforme a la Constitución

Los funcionarios públicos encargados de dar aplicación a las normas constitutivas de dichos regímenes especiales de seguridad social, deben interpretar el alcance de tales normas, y de sus propias funciones, prestando especial atención al principio de interpretación conforme a la Constitución. En virtud de este parámetro, el intérprete debe determinar el sentido de las normas de forma tal que el resultado de su ejercicio no desemboque en resultados manifiestamente contrarios a lo establecido por la Constitución, teniendo en cuenta el contexto en el cual la norma va a recibir aplicación. Ya la Corte ha establecido, en la sentencia C-273 de 1999, que “según el principio de interpretación conforme, la totalidad de los preceptos jurídicos deben ser interpretados de manera tal que su sentido se avenga a las disposiciones constitucionales. La interpretación de una norma que contraría éste principio es simplemente intolerable en un régimen que parte de la supremacía formal y material de la Constitución (C.P. art. 4)”; y en la sentencia C-011 de 1994 se explicó que “cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación

sistemática-finalística”.

REGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Reiteración de jurisprudencia

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Régimen de beneficiarios de servicios de salud

DERECHO DE ACCESO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Régimen de beneficiarios de servicios de salud del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

FAMILIA-Núcleo fundamental de la Sociedad

CONCEPTO DE FAMILIA-Alcance

FAMILIA-Protección integral en el ordenamiento jurídico colombiano

FAMILIA-Principio de igualdad

FAMILIA-Igualdad de trato a sus diferentes formas de constitución

PROTECCION DE LOS DIFERENTES TIPOS DE FAMILIA-Marco constitucional y desarrollo jurisprudencial

FAMILIA-Clasificación

FAMILIA DE CRIANZA-Definición

FAMILIA DE HECHO-La crianza como un hecho a partir del cual surge el parentesco

FAMILIA DE CRIANZA-Protección constitucional

El pluralismo y la evolución de las relaciones humanas en Colombia tienen como consecuencia la formación de distintos tipos de familias, diferentes a aquellas que se consideraban tradicionales, como lo era la familia biológica. Por ello, “es necesario que el derecho se ajuste a las realidades jurídicas, reconociendo y brindando protección a aquellas relaciones familiares en las que las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, las cuales surgen en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia”.

DECLARATORIA DE CUSTODIA Y SUS IMPLICACIONES EN LA AFILIACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DEL MENOR-Orden a Fondo de Prestaciones Sociales de Magisterio afiliar a sobrina de la accionante, al Subsistema de Salud del

Magisterio

Referencia: Expediente T-5.842.027

Demandante: Josefina en representación de Mariana

Demandado: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria La Previsora S.A. y Médicos Asociados S.A.

Magistrado Ponente:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado e Iván Humberto Escrucería Mayolo (e.), en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido el veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Villavicencio, Sala Civil Familia Laboral, mediante el cual se revocó la providencia dictada el trece (13) de julio de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de San José del Guaviare, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Josefina en contra del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria La Previsora S.A. y Médicos Asociados S.A..

El presente expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Once, por medio de Auto de diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

Josefina, actuando en representación de su sobrina menor de edad, Mariana, impetró la presente acción de tutela contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria La Previsora S.A. y Médicos Asociados S.A., con la finalidad de obtener el amparo de los derechos fundamentales de su representada a la integridad física, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna, los cuales considera conculcados por las entidades accionadas, al negar su vinculación al Subsistema de Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad de beneficiaria de la peticionaria, bajo el argumento de que no hace parte del grupo familiar que se permite afiliar, pues no se ha surtido el trámite de adopción correspondiente.

La peticionaria los describe en la demanda así:

2.1. Josefina manifiesta que se desempeña como docente al servicio del Magisterio en el departamento del Guaviare desde mayo de 2014.

2.2. En razón de ello, se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, administrado por Fiduciaria La Previsora S.A.. La prestación de los servicios médicos asistenciales está a cargo de la Institución Prestadora de Salud Médicos Asociados S.A..

2.3. Mediante Resolución No. 082 de 30 de junio de 2015, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Regional Guaviare-, Centro Zonal San José del Guaviare, determinó que la custodia y el cuidado personal de su sobrina menor de edad, Mariana, estaría a su cargo.

2.4. Por consiguiente, en julio de 2015, solicitó verbalmente la afiliación de la niña al Subsistema de Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Dicho pedimento fue negado por cuanto la menor de edad pertenecía al régimen subsidiado a través de la EPS-S Comparta.

2.5. Pese a que el 12 de febrero de 2016 se efectuó el retiro de la EPS-S Comparta, las entidades accionadas persistieron en la negativa de afiliación, con fundamento en que los sobrinos no hacen parte del grupo familiar beneficiario del servicio de salud de los docentes.

3. Pretensiones

La demandante pretende que por medio de la acción de tutela se protejan los derechos fundamentales de su sobrina menor de edad, Mariana, a la integridad física, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna y, en consecuencia, se ordene su afiliación al Subsistema de Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad de beneficiaria de la demandante.

4. Pruebas

A continuación se relacionan las pruebas relevantes que reposan en el expediente:

- Copia de la Resolución No. 082 de 30 de junio de 2015, emitida por el Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Guaviare, Centro Zonal San José del Guaviare, por medio de la cual se resolvió que la custodia y el cuidado personal de Mariana sería ejercida por su tía, Josefina, haciéndose cargo de todo aquello que comprende su atención integral. Asimismo, el documento indica que la menor de edad ha estado bajo el cuidado de su tía desde agosto de 2007 (folios 3 a 5 del cuaderno 2).
- Copia del formato de actualización de afiliados del Régimen Subsidiado, emitido por Comparta EPS-S, en el que consta que el 12 de febrero de 2016 se efectuó el retiro voluntario de la afiliada Mariana, por traslado al régimen especial del Magisterio como beneficiaria (folio 6 del cuaderno 2).
- Copia de la tarjeta de identidad de Mariana, la cual da cuenta de que nació el 22 de mayo de 2006 (folio 7 del cuaderno 2).

- Copia del acta de posesión No. 044 de 12 de mayo de 2014, proferida por la Secretaría de Educación del Departamento del Guaviare, por medio de la cual se acredita que Josefina se posesionó como docente en educación básica secundaria -área idioma extranjero inglés-, de la Institución Educativa María Auxiliadora del municipio de Miraflores, San José del Guaviare, con una asignación básica mensual de \$1.411.890 Grado 2-A, cargo para el cual fue nombrada provisionalmente en una vacante definitiva mediante Decreto No. 075 de 7 de mayo de 2014 (folio 8 del cuaderno 2).
- Copia del Decreto No. 075 de 2014, emitido por la Secretaría de Educación del Departamento del Guaviare, por medio del cual se nombró a la actora, provisionalmente, en la planta global de personal docente de la Secretaría de Educación Departamental, nivel básica secundaria (folio 10 de cuaderno 2).
- Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante, la cual permite certificar que nació el 24 de diciembre de 1977 (folio 11 del cuaderno 2).

Mediante Auto de 30 de junio de 2016, el Juzgado Promiscuo de Familia de San José del Guaviare admitió la acción de tutela de la referencia, ordenó vincular a la Secretaría de Educación del Departamento del Guaviare y corrió traslado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria La Previsora S.A., Médicos Asociados S.A. y a la Secretaría de Educación del Guaviare, para que dentro del término de los dos días siguientes a la notificación, ejercieran su derecho de defensa y aportaran las pruebas que demuestren la respuesta que den a los hechos.

5.1. Secretaría de Educación del Departamento del Guaviare

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la Secretaría de Educación del Departamento del Guaviare manifestó que la presente tutela es improcedente para ordenar a

la entidad que representa afiliar beneficiarios ante la institución prestadora de los servicios médicos que contrate el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por último, precisó que es deber del docente realizar los trámites directamente como usuario del servicio.

5.2. Fiduciaria La Previsora S.A.

El Vicepresidente del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitó desvincular a la Fiduprevisora S.A., toda vez que la entidad no tiene a cargo funciones relativas a la atención en salud de los docentes. Por consiguiente, a su juicio, no existe legitimación en la causa por pasiva.

Seguidamente, aclaró que la función de su representada es atender negocios propios de las sociedades fiduciarias regidos por las normas del Estatuto Orgánico Financiero.

Por otra parte, sostuvo que la competencia para la prestación de los servicios médicos a los docentes y la administración de planes de beneficiarios a los afiliados del Magisterio en el departamento del Guaviare corresponde a la Unión Temporal Medicol Salud 2012.

Para culminar, manifestó que, atendiendo al pliego de condiciones, no es procedente la afiliación de Mariana, toda vez que los sobrinos no hacen parte del grupo familiar del docente que puede ser beneficiario de los servicios del régimen especial del Magisterio.

5.3. UT Medicol Salud 2012 y Médicos Asociados S.A.

La abogada de la gestión jurídica de Médicos Asociados IPS y de la UT Medicol Salud 2012 solicitó declarar la improcedencia de la presente tutela respecto de las entidades que representa, al considerar que no han incurrido en vulneración alguna de los derechos a la vida y a la salud de la menor de edad.

Sumado a ello, solicitó que, en caso de ordenarse la prestación definitiva de los servicios de salud en favor de la niña, se sirva autorizar expresamente a Médicos Asociados S.A. el recobro ante la Fiduprevisora S.A..

Indicó que la autorización de los servicios de salud del Magisterio compete a La Fiduprevisora S.A., aseguradora que a través de la Guía del Usuario 2012-2016 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG- determinó que los usuarios del servicio son: los cotizantes, los sustitutos pensionales y el grupo familiar básico, conformado por el cónyuge o compañero (a) permanente, hijos menores de dieciocho años, los hijos de los afiliados entre 18 y 25 años que dependan económicamente del afiliado y cursen estudios formales; los hijos del afiliado, sin límite de edad, cuando tengan una incapacidad permanente y dependan económicamente del afiliado: los nietos del docente hasta los treinta primeros días de nacido, cuando la hija del docente sea beneficiaria del afiliado; padres de cotizantes solteros sin hijos y dependan económicamente de éste y; los hijos: i) los nacidos dentro del matrimonio o unión marital de hecho y; ii) los de cada uno de los integrantes del matrimonio o unión marital de hecho.

Con fundamento en el listado precedente, estimó necesario acreditar la adopción de Mariana para efectuar su afiliación al Subsistema de Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad de beneficiaria de su tía, toda vez que los sobrinos no conforman el grupo familiar básico del docente para el efecto.

Por último, puso de presente que Médicos Asociados S.A. es una Institución Prestadora de Salud, integrante de la UT Medicol Salud 2012, encargada de la prestación de los servicios de salud a los docentes y sus beneficiarios contratados por la Fiduprevisora S.A., conforme a lo estipulado en los pliegos de condiciones y a lo autorizado por dicha aseguradora.

Agregó que al encontrarse contractualmente obligada a los términos establecidos por la Fiduprevisora S.A., la circunstancia de acceder a la afiliación de la niña en comento implicaría un desequilibrio económico.

II. Decisiones judiciales que se revisan

1. Decisión de primera instancia

Mediante sentencia proferida el 13 de julio de 2016, el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de San José del Guaviare concedió el amparo pretendido y, en consecuencia, ordenó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a la UT Medicol Salud 2012 y a Médicos Asociados S.A. que, dentro del término de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la sentencia, procedan, dentro del ámbito de sus competencias, a tomar las decisiones pertinentes para inscribir a la niña Mariana, como beneficiaria del servicio de salud de la docente Josefina.

En aras de fundamentar la anterior decisión, manifestó que si bien la Ley 91 de 1989 no incluye a los menores entregados en custodia legal dentro de los integrantes del núcleo familiar, el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015 reformó el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, determinando que los menores entregados en custodia legal por la autoridad

competente hacen parte del núcleo familiar para el acceso a la seguridad social.

Así las cosas, estimó que Mariana debe considerarse integrante del grupo familiar beneficiario del servicio de salud de la docente Josefina, en cuanto le fue entregada en custodia por parte del Defensor de Familia, según la Resolución No. 082 de 30 de junio de 2015 del ICBF.

Indicó que si bien los docentes cuentan con un régimen especial de seguridad social, no por ello pueden sustraerse a la aplicación de los principios y valores que en materia de salud se establecen.

Finalmente, precisó que aun cuando la vinculación de nuevas personas al núcleo familiar de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio puede implicar un desequilibrio en el contrato suscrito entre la UT Medicol Salud 2012 y Médicos Asociados S.A., ello no puede justificar el desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que se quieren proteger por el principio de solidaridad.

2. Impugnación

2.1. Fiduprevisora S.A.

El Gerente Jurídico de Fiduprevisora S.A. impugnó dicho fallo, argumentando que no corresponde a la entidad que representa prestar los servicios de salud y administración de planes de beneficiarios a los docentes, pues su objetivo es atender negocios propios de las sociedades fiduciarias.

Por otra parte, aclaró que la atención médica del Magisterio hace parte de un régimen especial regulado por la Ley 91 de 1989, motivo por el cual el literal i) del artículo 218 de la Ley 1753 de 2015 no resulta aplicable al caso sub examine.

2.2. U.T. Medicol Salud y Médicos Asociados S.A.

La abogada de la Gestión Jurídica de las entidades de la referencia manifestó que la función de la UT Medicol Salud 2012 consiste exclusivamente en presentar una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, teniendo en cuenta el desarrollo de su objeto social, en tanto que la entidad Médicos Asociados S.A. es una institución prestadora de salud encargada de ejecutar los servicios previamente descritos en los pliegos de condiciones que establece el asegurador de salud, es decir, Fiduprevisora S.A..

Por consiguiente, manifestó que la facultad de inscribir y afiliar no es de su competencia y, en consecuencia, solicitó revocar los numerales uno y dos del fallo de primera instancia.

3. Decisión de segunda instancia

Mediante sentencia emitida el 25 de agosto de 2016, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Villavicencio, Sala Civil Familia Laboral, acogió las razones de la alzada y revocó el fallo de primera instancia, al estimar que la facultad de inscribir, afiliar y administrar los recursos, tanto a docentes como a sus beneficiarios en el Subsistema de Salud del Magisterio, corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a Fiduciaria La Previsora S.A., entidades que de acuerdo con los lineamientos de orden jurisprudencial y legal, tienen la potestad de establecer los reglamentos, procedimientos y requisitos exigidos a sus usuarios, tal como lo determinó el Acuerdo No. 04 y 13 de 2004, que consagró taxativamente los beneficiarios del docente afiliado, sin que en el respectivo listado estén

incluidos los sobrinos como posibles candidatos a adquirir tal calidad.

A su juicio, el Estado Colombiano cuenta con otras alternativas para satisfacer la protección de los derechos de la menor de edad, como por ejemplo, la afiliación en el régimen subsidiado.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala, para revisar la sentencia proferida por el juez de segunda instancia, dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento de lo ordenado por el Auto de diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), proferido por la Sala de Selección número Once.

2. Procedibilidad de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por la señora Josefina, en representación de su sobrina menor de edad sobre quien ostenta la custodia y cuidado personal, Mariana, razón por la cual se encuentra legitimada para actuar como demandante.

2.2. Legitimación por pasiva

El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria La Previsora S.A. y Médicos Asociados S.A. se encuentran legitimados como parte pasiva en el presente asunto, en la medida en que se les atribuye la vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se demanda.

Al respecto, cabe precisar que si bien el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es un cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística y con recursos que deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, actualmente la Fiduciaria “La Previsora” S.A., de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989, el Fondo en mención es la entidad encargada de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la referida Ley.

En ese orden de ideas, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es competente para atender lo relativo a las prestaciones sociales de los docentes y, por tal razón, ha sido dotado con los instrumentos necesarios para el debido cumplimiento de la Ley. Por ello, es esta entidad la encargada tanto del reconocimiento de dichas prestaciones, como de su pago, ya que si bien realiza esta última actividad a través de la Fiduciaria “La Previsora” S.A., es el Fondo el responsable de reconocer las diferentes prestaciones sociales a que tienen derecho los docentes y, en ese sentido, ordenar el pago de las mismas.

Así, el artículo 4º de la citada Ley establece que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la obligación de atender las prestaciones sociales de los docentes, en los siguientes términos:

“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. (...)”.

Asimismo, el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 91 de 1989, establece:

“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado. (...)”.

Bajo esa óptica, esta Corte ha definido, a través de reiterados pronunciamientos y con fundamento en las normas legales señaladas, la responsabilidad de las distintas entidades que concurren en materia de reconocimiento, pago y liquidación de prestaciones sociales de los docentes.

Frente a ello, juega un papel de importancia lo sostenido en Sentencia SU-014 de 2002:

“Las normas precitadas establecen con claridad meridiana que la entidad competente para atender lo relacionado con las prestaciones sociales de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dotándola de los instrumentos necesarios para el

debido cumplimiento de la Ley. Así las cosas, es esta entidad la encargada tanto del reconocimiento de dichas prestaciones, con un visto bueno previo de la fiduciaria (art. 7° del Decreto No. 1775 de 1990), como de su pago, y si bien realiza esta última actividad a través de dicha fiduciaria, es el Fondo el responsable de “Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado”. El contrato de fiducia que tiene celebrado el Gobierno Nacional para estos efectos debe garantizar el cumplimiento de la Ley 91 de 1989, entre cuyos objetivos se encuentra el de hacer efectivo el pago de las prestaciones”.

Así, en Sentencias T-563 y T-569 de 2002, entre otras, tras analizarse el contenido normativo de las disposiciones que regulan el contrato de fiducia, específicamente, los artículos 1126 y 1234 del Código de Comercio, el Tribunal Constitucional concluyó que la Fiduciaria “La Previsora” S.A. sirve de medio para cumplir un propósito determinado por el constituyente, pero que la obligación de velar por el cumplimiento de dicha finalidad es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por tal razón, el pago efectivo de la prestación correspondiente está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que, tal como se señaló, las prestaciones del personal docente serán reconocidas y pagadas por el mencionado Fondo. Es así como, con fundamento en estas consideraciones, esta Corporación ha aceptado en múltiples oportunidades que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio puede ser sujeto pasivo de la acción de tutela.

Por estas razones y dado el carácter informal del mecanismo tutelar y como quiera que la peticionaria promovió la acción, entre otros, contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, esta Sala de Revisión considera que resulta procedente, toda vez que esta entidad es la responsable por el reconocimiento de las prestaciones de los docentes y de sus beneficiarios, tal como lo establece la Ley 91 de 1989.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la integridad física, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna de la menor de edad, Mariana, al negar su vinculación al Subsistema de Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad de beneficiaria de su tía, Josefina, docente encargada de su custodia y cuidado personal, bajo el argumento de que no hace parte del grupo familiar que se permite afiliarse.

Antes de abordar el caso concreto, se realizará un análisis jurisprudencial de temas como: i) el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a la salud y las obligaciones de las autoridades al respecto. Reiteración jurisprudencial; ii) el régimen especial de seguridad social en salud aplicable a los docentes y a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Reiteración jurisprudencial; iii) los regímenes especiales de seguridad social y el deber de interpretación conforme al Texto Superior; iv) la familia en el ordenamiento jurídico colombiano. Reiteración jurisprudencial y; v) la crianza como un factor a partir del cual surge el parentesco. Reiteración jurisprudencial y; vi) la declaratoria de custodia y sus implicaciones en la afiliación al sistema de seguridad Social en salud.

4. El derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a la salud y las obligaciones de las autoridades al respecto. Reiteración jurisprudencial

Múltiples son los instrumentos internacionales que reconocen a la población en comento el estatus de sujetos acreedores de protección reforzada en el campo de la salud, a saber:

La Convención sobre los Derechos del Niño consagra, en su artículo 24: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud (...)”.

La Declaración de los Derechos del Niño dispone, en su artículo 4: “El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene algunos parámetros tendientes a la protección de los derechos fundamentales de los niños, entre ellos, la salud. Así, el numeral 2° del artículo 12 consagra entre las medidas que deben adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho: “a) la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala, en su artículo 24: “Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece, en su artículo 19: “todo niño

tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagra, en su artículo 25-2: “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Por otra parte y, de conformidad con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a la salud, en todas sus formas y a todos los niveles, comprende los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Dada su relación con el tema del caso sub examine, se hará énfasis en el segundo elemento, la accesibilidad. Al respecto, cabe resaltar que el derecho de acceso al servicio público de atención en salud se materializa en el acto de afiliación de la persona para que sea parte del Sistema de Seguridad Social en Salud, bien sea desde su concepción general o mediante los regímenes especiales de salud.

Por consiguiente, el desconocimiento de la garantía en mención no exige necesariamente la existencia de alguna patología que tratar y frente a la cual se haya negado la atención apropiada. La circunstancia de no encontrarse el sujeto de especial protección constitucional incluido en un sistema que le permita acceder de manera oportuna a los servicios de prevención y atención frente a cualquier enfermedad que pueda presentarse implica una lesión tanto del derecho a la seguridad social como de la salud.

Ahora bien, por lo que respecta a las obligaciones de las autoridades involucradas en la prestación de servicios de salud a niños, niñas y adolescentes, cabe precisar que esta Corporación, siguiendo los lineamientos de la Observación General No. 14 del CDESC, ha sostenido que el criterio a tener en cuenta por parte de las autoridades es el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor de edad. Así, en Sentencia T-907 de 2004 señaló:

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

5. El régimen especial de seguridad social en salud aplicable a los docentes y a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Reiteración jurisprudencial

En consonancia con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social se compone, además, de unos regímenes de carácter especial,

cuyos titulares se encuentran excluidos de la aplicación de la normativa general. Dentro de las excepciones, figura el régimen especial del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual se rige por sus propios estatutos.

En aras de desarrollar el régimen en mención, se expidió la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG- como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial. Entre sus objetivos se encuentra garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales requeridos por los docentes y sus beneficiarios, de conformidad con las instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.

Así, los artículos 3 y 5 de dicha normativa señalan que las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales, tanto de los docentes activos y pensionados como de sus beneficiarios, están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal que, según lo dispuesto en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C. -con sus respectivas prórrogas, la última de ellas vigente-, es Fiduciaria La Previsora S.A.

Seguidamente, el artículo 6º de la Ley 60 de 1993 dispone que todos los docentes, ya sean de vinculación departamental, distrital o municipal, deben incorporarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para recibir los servicios asignados a este; servicios que, en lo que corresponde a la atención en salud y por disposición de los numerales 1º y 2º del artículo 5º de la Ley 91 de 1989, se encuentran a cargo de entidades contratadas por la fiduciaria, siguiendo las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el régimen de seguridad social

en salud de los educadores estatales activos y pensionados se determina a nivel departamental en el respectivo contrato de prestación de servicios, suscrito entre la fiduciaria y la empresa encargada de la atención de los usuarios. En este sentido la Corte expresó que:

“(…) El numeral 5° de la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, dispone que es obligación de la fiduciaria contratar con las entidades que señale el Consejo Directivo del Fondo los servicios médico-asistenciales del personal docente. Corresponde a los comités regionales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, recomendar al Consejo Directivo las entidades con las cuales se contratará la prestación de los servicios médico-asistenciales a nivel departamental, de acuerdo con la propuesta que presente cada entidad, la que debe reflejar las indicaciones mínimas establecidas por los respectivos comités y avaladas por el Consejo Directivo (Decreto 1775 de 1990, artículo 3°-c)” .

En ese orden de ideas, las entidades oferentes en cada uno de los departamentos del territorio nacional son las encargadas de prestar directamente los servicios de salud a los docentes activos, a los pensionados y a los núcleos familiares de éstos y aquéllos, que se encuentren bajo la cobertura según reportes del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

6. Los regímenes especiales de seguridad social y el deber de interpretación conforme al Texto Superior

Como es sabido, esta Corporación ha sostenido en diversos pronunciamientos que la existencia de regímenes especiales de seguridad social no es contraria a la Constitución, siempre y cuando los servicios y beneficios que en aquellos se otorga a los afiliados y beneficiarios no sean desfavorables respecto de los del régimen general. Es decir, “la creación de tales regímenes no desconoce el principio constitucional de igualdad, en tanto el

tratamiento diferenciado en cuestión esté encaminado a “mejorar las condiciones económicas del grupo humano al cual se aplica, por lo que resultan inequitativos, es decir, contrarios al principio de igualdad constitucional, los regímenes especiales de seguridad social que introducen desmejoras o tratamientos de inferior categoría a los concedido por el régimen general” .

Al respecto, esta Corporación sostuvo en Sentencia T-907 de 2004:

“(…) los funcionarios públicos encargados de dar aplicación a las normas constitutivas de dichos regímenes especiales de seguridad social, deben interpretar el alcance de tales normas, y de sus propias funciones, prestando especial atención al principio de interpretación conforme a la Constitución. En virtud de este parámetro, el intérprete debe determinar el sentido de las normas de forma tal que el resultado de su ejercicio no desemboque en resultados manifiestamente contrarios a lo establecido por la Constitución, teniendo en cuenta el contexto en el cual la norma va a recibir aplicación. Ya la Corte ha establecido, en la sentencia C-273 de 1999, que “según el principio de interpretación conforme, la totalidad de los preceptos jurídicos deben ser interpretados de manera tal que su sentido se avenga a las disposiciones constitucionales. La interpretación de una norma que contraría éste principio es simplemente intolerable en un régimen que parte de la supremacía formal y material de la Constitución (C.P. art. 4)”;

y en la sentencia C-011 de 1994 se explicó que “cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalística”.

Ahora bien, tal como se sostuvo en las consideraciones precedentes, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, adoptando un modelo de atención

integral en salud para los docentes y sus afiliados.

Por la pertinencia para solucionar el caso concreto, cabe precisar que dentro del régimen excepcional de salud del Magisterio, el grupo familiar básico se encuentra conformado por las siguientes personas:

- Cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando no esté afiliado a otro régimen de excepción o al Sistema General de Seguridad Social en salud.

- Hijos menores de 18 años.

- Los hijos del afiliado, sin límite de edad, cuando tengan una incapacidad permanente y dependan económicamente de afiliado.

- Los nietos del docente hasta los primeros 30 días de nacido, cuando la hija del docente sea beneficiaria del afiliado.

- Padres del cotizantes solteros sin hijos y dependan económicamente de éste y no le asista obligación de estar afiliados a otro régimen de excepción o al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

- Padres de cotizantes que dependan económicamente de éste, que no les asista la

obligación de estar afiliados a otro régimen de excepción o al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y que en ellos no tengas como beneficiarios a hijos, cónyuge o compañero (a) permanente.

- Los hijos: i) los nacidos dentro del matrimonio o unión marital de hecho; ii) los de cada uno de los integrantes del matrimonio o unión marital de hecho.

Por consiguiente, dentro de las personas que pueden ser inscritas como beneficiarias de los docentes adscritos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no se encuentran incluidos los sobrinos.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015 reformó el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, disposición que establece que el núcleo familiar del afiliado cotizante para el acceso a la seguridad social estará constituido por:

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) 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), 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.

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 (Subraya fuera del texto original).

Se tiene entonces que con la expedición de la Ley 1753 de 2015, la seguridad social amplió la cobertura de las personas que pueden ser consideradas como núcleo familiar del afiliado cotizante y, consecuencialmente, ser incluidas como beneficiarias de un cotizante para la prestación de los servicios de salud, siguiéndose entonces que en el caso sub examine, Mariana se encuentra comprendida dentro de la eventualidad de que trata el literal i) de la disposición antes transcrita, para ser tenida como integrante del grupo familiar beneficiario del servicio de salud de su tía, en cuanto la niña le fue entregada en custodia por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Ahora, si bien es cierto que los docentes cuentan con un régimen especial de seguridad social, igualmente lo es que no por ello pueden sustraerse a la aplicación de los principios y valores que en materia de salud se establecen, pues tal como lo señaló esta Corte en Sentencia T-1028 de 2006, el carácter excepcional del régimen de seguridad social no implica, en manera alguna, que los principios generales de la seguridad social queden por fuera de su regulación.

Al no haberse aún actualizado la normativa respecto de quiénes conforman el núcleo familiar del docente cotizante, a efectos de garantizar la vinculación como beneficiarios de todas aquellas personas que en atención a la Ley 1753 de 2015 deben ser ahora consideradas

como núcleo familiar del afiliado cotizante, desatiende los principios de igualdad, solidaridad, acceso al sistema de seguridad social, pues impide que los menores de edad entregados en custodia legal por autoridad competente puedan hacer parte de los beneficiarios de los docentes, con lo cual también se desconocen los derechos fundamentales de protección que deben garantizársele a los niños, niñas y adolescentes, condición que ostenta la sobrina de la accionante cuya custodia le fue otorgada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En tal virtud, las autoridades que integran el Subsistema de Salud del Magisterio, en este caso, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Fiduprevisora S.A. y Médicos Asociados S.A., contra las cuales se dirigió la tutela, “deben aplicar la pauta hermenéutica de la interpretación conforme al determinar el alcance de las normas que rigen dicho Subsistema, y en consecuencia, prestar especial atención a la preservación de los derechos fundamentales que están en juego, especialmente tratándose de derechos de sujetos de protección constitucional reforzada, como los niños” .

7. La familia en el ordenamiento jurídico colombiano. Reiteración jurisprudencial

7.1. Concepto jurídico de familia

De conformidad con el artículo 42 Superior, la familia constituye el núcleo fundamental de la sociedad y puede conformarse por matrimonio, o por la voluntad responsable de conformarla. Acto seguido, el inciso cuarto de la disposición establece que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”. Con tal aparte, para la Corte, se está “proyectando de esta forma el principio de igualdad al núcleo familiar”.

Asimismo, el numeral 3 del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Dicha normativa internacional se ve desarrollada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual en el numeral 1 del artículo 10, dice: “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”. Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha destacado que:

“el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, en el mismo sentido que el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. La proyección específica de estos mandatos hacia los menores de edad se refleja en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el cual los Estados Parte expresaron su profunda convicción de que “la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

De tales disposiciones se extrae la importancia de la familia en la sociedad, pero también se concluye que no ha sido necesario establecer presupuestos formales y específicos que la definan de forma limitada. En este sentido, desde las fuentes normativas, nacionales e internacionales, se tiene la intención de definir a la familia como una institución jurídica abierta que es prioritaria por los fines esenciales que conlleva para la sociedad, especialmente en la formación de la niñez, y a partir de estos postulados haya su significado, mas no por quienes hacen parte de ella y las formalidades por medio de las cuales se unen.

Igualmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional con fundamento en la Carta Política ha sido consistente en resguardar el núcleo familiar, el cual reconoce que puede surgir por diferentes vínculos familiares, sean estos: naturales, jurídicos o de hecho. La Corte entiende por familia: “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”.

7.2. Fines y protección de la familia en el ordenamiento jurídico colombiano

La familia ha sido elevada a principio constitucional desde los inicios de la jurisprudencia, señalando que “del texto del artículo 42 constitucional se derivan las siguientes características:

- i. (i) No existe un único tipo de familia, sino que en concordancia con el artículo 7 superior, nos encontramos frente a un pluralismo, el cual permite la existencia de diversos tipos de familias.
- ii. (ii) El constituyente consagró un espacio a la familia de hecho en condiciones de igualdad con otros tipos, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 13 de la Carta vigente.
- iii. (iii) Es deber de Estado y de la sociedad garantizar protección integral a la familia.
- iv. (iv) Uno de los fundamentos esenciales de las relaciones familiares es la igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto entre sus integrantes.
- v. (v) La armonía y unidad de la familia es destruida cuando se presenta cualquier forma de violencia.
- vi. (vi) Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes.

vii. (vii) La familia, como núcleo fundamental de la sociedad, tiene el deber de asistir y proteger a los niños.

viii. (viii) Es función de la familia preparar a las nuevas generaciones así como la formación de la personalidad de los menores.

ix. (ix) La familia es el ámbito natural dentro del cual debe cuidarse y prepararse la infancia.

x. (x) Para la efectividad de los derechos constitucionales de los niños, los cuales tienen carácter prevalente, es necesaria la unidad de la familia, como presupuesto indispensable.

xi. (xi) Los derechos de los miembros de la familia deben ser compatibles con los intereses generales prevalentes tanto de la institución misma como de la sociedad colombiana que reconoce en ella su núcleo fundamental”.

Es en razón de estos fines que se le garantiza una igualdad plena en términos de protección y prestaciones a todas las formas familiares que puedan surgir en el marco del Estado pluricultural, debido a que estas buscan cumplir con su rol preponderante en la sociedad. Es en razón de sus objetivos que “la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales”.

Esta protección del Estado se materializa a través de la creación e implementación de una serie de prerrogativas que han sido denominadas medidas constitucionales de protección a la familia, las cuales se encaminan a garantizar un adecuado desarrollo de la institución. La jurisprudencia ha dicho:

“En efecto, aquéllas se manifiestan en la necesaria adopción de normas legales, de actos

administrativos, así como de decisiones judiciales, medidas todas ellas encaminadas a lograr y preservar la unidad familiar existente, al igual que brindar una protección económica, social y jurídica adecuada para el núcleo familiar. Estos son los propósitos, o la razón de ser de las normas jurídicas y demás medidas de protección previstas por el ordenamiento jurídico”.

Ahora bien, un segundo motivo que justifica la defensa de la familia y sus prestaciones económicas y asistenciales es el relativo a la formación de los hijos, siendo uno de los fines principales y fundamento a todo tipo de medidas de protección. Para los hijos serán determinantes esos contenidos económicos y asistenciales que buscan la implementación de los derechos prestacionales. La Corte ha manifestado:

“El derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella, es un derecho fundamental que goza de especial protección constitucional, plasmado en el artículo 44 de la Constitución Política y en instrumentos internacionales, al considerar que se trata del medio natural de crecimiento y bienestar de sus miembros, en especial de los niños sujetos de protección especial”.

Es por ello que la intervención del Estado en las relaciones de las familias surge para garantizar servicios y prestaciones adecuadas a todos sus miembros, especialmente a los menores, buscando que el desarrollo de todas las familias sea eficiente y apropiado. Igualmente, la intervención del Estado debe ser excepcional en los casos en los que se vea amenazada la permanencia de los menores de edad en su hogar. Las razones que justifiquen dicha intervención han de ser poderosas fáctica y jurídicamente, sin importar el tipo de hogar familiar, esto es, que se constituya al margen de los vínculos biológicos, alrededor del menor:

“La familia biológica está plenamente amparada por la Carta Política. Sin embargo, lo

anterior no implica que la familia que se constituye al margen de los vínculos biológicos no sea también objeto de protección constitucional (...)

(...) En reiterada jurisprudencia, la Corte ha considerado que el derecho a tener una familia constituye una condición para la realización de los restantes derechos fundamentales del niño. Lo anterior, no sólo porque los lazos de afecto y solidaridad que suelen constituir dicha institución favorecen el desarrollo integral de una persona, sino porque la propia Constitución y la ley le imponen a la mencionada institución la obligación imperiosa de asistir y proteger al menor a fin de garantizarle el ejercicio pleno de sus derechos”.

Igualmente, un tercer motivo de justificación a estas medidas de protección que ha sido abordado en diferentes pronunciamientos de la Corte, es la dimensión iusfundamental de la unidad de la familia. Dicha dimensión, permite que la familia pueda ser defendida a través del mecanismo de protección de tutela, como se ha resaltado:

“En tal sentido, desde temprana jurisprudencia la Corte ha entendido que “la familia no puede ser desvertebrada en su unidad ni por la sociedad ni por el Estado, sin justa causa fundada en graves motivos de orden público y en atención al bien común y sin el consentimiento de las personas que la integran, caso en el cual dicho consenso debe ser conforme al derecho”.

Por los motivos expuestos, la familia “merece los principales esfuerzos del Estado con el fin de garantizar su protección integral y el respeto a su dignidad, honra e intimidad intrínsecas”.

7.3. Pluralidad de familias y garantías de igualdad entre ellas

Bajo la anterior óptica, resulta innegable que la familia puede surgir desde diversas fuentes, que se han caracterizado por responder en su formación al escenario pluricultural, social y jurídico, en el cual aparecen, debiendo ser protegidas en todo momento por su carácter fundamental y gozar en igualdad de condiciones de todas las prestaciones. Al respecto, en Sentencia C-577 de 2011 se indicó:

“La doctrina ha puesto de relieve que “la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. (...) El “carácter maleable de la familia” se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia “de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales”, pues, en razón de la variedad, “la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados”, por lo que “no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia”.

En ese orden, es dable señalar, en consonancia con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia constitucional “(i) que en una sociedad plural no es aceptable un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta exclusivamente con aquella surgida del vínculo matrimonial o sanguíneo y (ii) que la protección constitucional a la familia no se solo se predica a favor de las familias conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguineidad, sino también a las que surgen de hecho o a las denominadas familias de crianza”.

Por lo anterior es que, en Colombia las familias se podrían llegar a clasificar, enunciativamente, de diversas maneras. De estas diversas tipologías debe destacarse que se

asemejan por sus fines, tendientes a las garantías de unidad y búsqueda de un destino común, así como, en la mayoría de casos, a la tenencia de hijos, el mantenimiento y formación de éstos. Asimismo, de las familias se predica una igualdad material que garantiza que todas gocen de derechos asimilables dirigidos a garantizar todo tipo de prestaciones a sus miembros y a la familia misma, igualdad que se origina en el texto constitucional, tal y como se resalta en la sentencia T-070 de 2015:

“Dicha igualdad, exige que se trate con similar respeto y protección a todos los tipos de familia, prohibiendo todo tipo de discriminación, ya sea contra los hijos o contra cualquier descendiente, sin importar el grado.

Lo anterior, con fundamento en el propósito de la Asamblea Nacional Constituyente (...), en el proceso de construcción de la Constitución actual se indicó que:

“Tal protección no se agotaría en un tipo determinado de familia estructurada a partir de vínculos amparados en ciertas solemnidades religiosas y/o legales, sino que se extendería también a aquellas relaciones que, sin consideración a la naturaleza o a la fuente del vínculo, cumplen con las funciones básicas de la familia (...)”.

Para culminar, resulta pertinente recordar que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha protegido la diversidad en las familias, y se han emitido recomendaciones y directrices encaminadas a garantizar el acceso en materia de derechos a todas sus formas, sin discriminación. Así, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación No. 19 sobre la familia, resaltó la importancia del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y con fundamento en este manifestó:

“El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. (...) Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, “nuclear” y “extendida”, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros”.

7.4. Tipologías de Familia

Debido a la pluriculturalidad de nuestra sociedad y al reconocimiento constitucional, las clasificaciones de familia podrían darse de diversas maneras.

El ordenamiento y la jurisprudencia constitucional han reconocido que las familias se pueden entender a partir del tipo de vínculo jurídico por medio del cual surgen. Es el caso de las uniones que se generan con un vínculo matrimonial, y de aquellas que se dan por la convivencia permanente, generando efectos en derecho, como es el caso de las uniones maritales de hecho.

Ahora bien, no se puede pasar por alto que estas uniones familiares pueden darse de forma posterior a un núcleo familiar preexistente, tal y como se evidencia en las denominadas familias ensambladas. En estas, uno de los miembros de la pareja, o ambos, pudo haber tenido una relación matrimonial o una unión marital de hecho previa. Se resalta que en el marco de estas relaciones se pueden generar hijos, que vienen a constituir con la nueva

pareja de su padre o madre una relación de hijastros. Tal y como se indicó en la Sentencia C-577 de 2011:

“También suele acontecer que después del divorcio o de la separación se consoliden nuevas uniones, en cuyo caso se da lugar a las llamadas “familias ensambladas”, que han sido definidas como “la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa”, siendo todavía objeto de disputa doctrinaria lo concerniente a su conformación, susceptible de generar diversas modalidades que no es del caso estudiar aquí”.

Sin embargo, también puede ocurrir que padres de familias separadas no vuelvan a unirse y que habiendo tenido hijos se mantengan como único vínculo con estos ante la ausencia del otro padre o madre. Estas se denominan familias monoparentales, y pueden generarse a causa de fenómenos como la viudez o el abandono de uno de los padres. La Corte ha indicado:

“A las anteriores formas de familia se suman aquellas denominadas monoparentales, debido a que están conformadas por un solo progenitor, junto con los hijos y su número va en aumento por distintas causas, incluida la violencia que azota a un país como el nuestro y también el divorcio o las separaciones que dan lugar a hogares encabezados por uno solo de los padres”.

Por otra parte, existen escenarios de familias nucleares intactas, en las cuales una pareja ha compartido un vínculo bien sea de facto, matrimonial o de hecho, y habiendo tenido hijos mantienen con estos una relación intacta, en la medida en que ambos conservan su rol de padre o madre, consanguíneo o civil, con su descendencia inmediata, pero han dejado de ser pareja.

Por último, de conformidad con el tipo de hijos también se pueden reconocer varias formas de familias. Por un lado, aquellas en las que los hijos son tales vía consanguinidad o a partir de un vínculo civil formalizado a través de la adopción, contando en ambos casos con un reconocimiento jurídico del parentesco a partir del registro civil. Por otro lado, se encuentran las familias de crianza, que cuentan con hijos con los que no siempre se comparte un parentesco, o reconocimiento jurídico que cree el vínculo familiar, pero que por razones de facto han constituido una unidad de vida.

Estas familias de crianza, en consonancia con la jurisprudencia constitucional, se desarrollan bajo presupuestos de afecto, solidaridad, respeto y asistencia, principalmente económica, que se crean entre sus miembros y “surgen bajo circunstancias de facto que no se encuentran ajenas al derecho y que por lo tanto, son susceptibles de crear consecuencias jurídicas tanto en derechos como deberes”. Como ha manifestado el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, estas pueden tener ocurrencia en diversos ámbitos, como “las relaciones de familia trabadas entre los abuelos y los nietos de cuya crianza se han hecho cargo, entre los tíos que tienen la entera responsabilidad de sus sobrinos, entre el hermano o hermana mayor que, debido a la total, y en ocasiones irreparable, ausencia de los padres, asume la dirección de la familia que integra junto con sus hermanos menores, necesitados de protección”.

8. La crianza como un factor a partir del cual surge el parentesco. Reiteración jurisprudencial

Tal como se indicó en Sentencia T-070 de 2015, las familias integradas por padres e hijos de crianza han sido definidas por la jurisprudencia constitucional como aquellas que nacen por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, pero no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos. Sin embargo, la protección constitucional que se le da a la familia, también se proyecta a este tipo de familias.

Bajo esta óptica, la jurisprudencia Constitucional ha sido amplia en reconocer dicha protección. Así, en Sentencia T-495 de 1997, la Corte reconoció el derecho al pago de la indemnización de un soldado fallecido, a sus padres de crianza, teniendo como fundamento la relación familiar que existía. En dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional reconoció que el trato, el afecto y la asistencia mutua que se presentaba dentro del núcleo familiar el cual se integraba por sus padres de crianza y el soldado fallecido, eran completamente análogas a las predicadas de cualquier tipo de familia formalmente constituida, por lo que se debían generar las mismas consecuencias jurídicas para sus padres, lo anterior, en concordancia con el artículo 228 de la Constitución Política que establece que el derecho sustantivo prevalece sobre las formalidades.

En igual sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que la intervención del Estado en las relaciones que se presentan dentro de las familias conformadas por padres e hijos de crianza, solo está justificada en los casos en los que está de por medio la permanencia de los menores de edad en el seno de una familia, y cuando existen razones poderosas que justifiquen dicha intervención, reconociendo que “la familia biológica está plenamente amparada por la Carta Política. Sin embargo, lo anterior no implica que la familia que se constituye al margen de los vínculos biológicos no sea también objeto de protección constitucional”.

Así mismo, la Corte en 2004, señaló que en aquellas situaciones donde se deba determinar cuál es la opción más favorable para un menor, es necesario tener en cuenta los derechos e intereses de las personas que se encuentran vinculadas con el menor, prestando especial atención a los padres, bien sean éstos, biológicos o de crianza. Adicionalmente, concluyó que:

“El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella tiene una especial importancia para los menores de edad, puesto que por medio de su ejercicio se materializan numerosos derechos constitucionales diferentes, que por lo tanto dependen de él para su

efectividad: es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, el amor, la educación y las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta....Cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de su familia de crianza, incluso si se hace con miras a restituirlo a su familia biológica”.

Como corolario de lo anterior, es viable afirmar que el pluralismo y la evolución de las relaciones humanas en Colombia tiene como consecuencia la formación de distintos tipos de familias, diferentes a aquellas que se consideraban tradicionales, como lo era la familia biológica. Por ello, “es necesario que el derecho se ajuste a las realidades jurídicas, reconociendo y brindando protección a aquellas relaciones familiares en las que las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, las cuales surgen en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia”.

9. La declaratoria de custodia y sus implicaciones en la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud

De conformidad con el artículo 23 de la Ley 1098 de 2006, la custodia y el cuidado personal constituyen un derecho de los niños, niñas y adolescentes, y una obligación de los padres o representantes legales.

Consiste en la facultad para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta del hijo, el educando o el incapaz de obrar y auto regular en forma independiente su comportamiento.

Como es sabido, la custodia corresponde, en principio, a los padres. En caso de hijos extramatrimoniales la tiene el padre que conviva con el menor de edad. En casos de divorcio, nulidad del matrimonio, separación de cuerpos o suspensión de la patria potestad, el juez tiene la facultad de confiar el cuidado de los hijos (as) a uno de los padres, o al pariente más próximo, según lo convenga al niño o a la niña.

Pese a lo anterior, cuando son los padres quienes vulneran los derechos de sus hijos y concurren causas graves, la custodia puede encomendarse, de forma excepcional, a un tercero en aras de dar prevalencia al interés del menor. En estos eventos se suele encargar la guarda a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consientan, y de no haberlo, a una institución idónea, confiriendo el juez las funciones tutelares.

Al respecto, es pertinente resaltar que el artículo 56 del Código de la Infancia y la Adolescencia faculta, como medida de protección y restablecimiento de derechos en favor de los niños, niñas y adolescentes, la ubicación en la familia de origen o en familia extensa, modalidad esta que consiste en situar al menor de edad con parientes de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 del Código Civil, cuando éstos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos.

El artículo 67 de la Ley 1098 de 2006 establece que “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”.

Bajo esa óptica y descendiendo al caso bajo revisión, no es dable condicionar la afiliación de Mariana, en calidad de beneficiaria de su tía, a la acreditación de la adopción judicialmente decretada, toda vez que la demandante cuenta con la custodia, circunstancia que ubica su

situación en la eventualidad consagrada en literal i) del artículo 218 de la Ley 1753 de 2015, aplicable a los docentes, por principio de igualdad, solidaridad y de acceso a la seguridad social.

10. Caso concreto

Con fundamento en las consideraciones precedentes, pasa la Sala a analizar si se configuró la violación de las garantías fundamentales a la integridad física, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna de Mariana, por parte de las entidades demandadas, al negar su afiliación al Subsistema de Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en condición de beneficiaria de su tía Josefina, bajo el argumento de que no pertenece al grupo familiar que se permite afiliar en tal calidad.

De lo referido en la demanda y de lo acreditado en el expediente, se colige que: i) la accionante se desempeña como docente del municipio de Miraflores, San José del Guaviare, desde mayo de 2014; ii) tiene a su cargo el cuidado de su sobrina menor de edad, Mariana, desde agosto de 2007; ii) por decisión del ICBF, adoptada el 30 de junio de 2015, le fue encomendada la custodia y el cuidado personal de la niña y; iii) Mariana no cuenta con atención en salud actualmente, toda vez que fue desvinculada del régimen subsidiado al que pertenecía, en aras de tramitar la afiliación al Subsistema de Salud del Magisterio.

Así las cosas, esta Sala de Revisión considera que la cuestión que merece análisis constitucional en este caso es establecer si el mecanismo tutelar es procedente para ordenar la afiliación pretendida.

Inicialmente, se debe analizar si la presente acción cumple con los requisitos de procedibilidad a efectos de determinar la viabilidad del estudio de fondo del problema jurídico planteado.

En relación con el presupuesto de inmediatez, se constata que la tutela fue promovida dentro de un término razonable, pues se presentó el 30 de junio de 2016 y la negativa definitiva de afiliación por parte de las entidades accionadas, según manifestó la demandante, tuvo lugar después del receso de Semana Santa del mismo año, es decir, a finales del mes de marzo.

Ahora bien, por lo que concierne al requisito de subsidiariedad, se tiene que si bien el conflicto de marras cuenta con medios judiciales ordinarios para su resolución, a la luz de la situación del caso concreto, los mismos no resultan idóneos para salvaguardar de manera efectiva los derechos amenazados dado que la niña continuaría expuesta a los riesgos de salud propios de su edad, sin contar con la protección del sistema de seguridad social durante el tiempo que puede durar un proceso judicial por las vías ordinarias, lo cual vulneraría lo consagrado en el artículo 44 Superior.

Adicionalmente, en el sub examine se acredita la existencia de un perjuicio irremediable que habilita la interposición de la tutela como mecanismo transitorio de protección de las garantías fundamentales amenazadas y que requiere de la adopción de medidas urgentes e impostergables para su solución.

Así, el perjuicio irremediable que se pretende prevenir con la presente acción de tutela es: i) cierto e inminente, toda vez que tanto de la información allegada al expediente como de la consulta realizada en la página web del FOSYGA, se acreditó que la niña no se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud; ii) grave, ya que la salud de la menor de edad es un bien jurídico constitucional de la máxima importancia y; iii) de urgente atención.

Bajo este contexto, verificada la titularidad de sujeto de especial protección constitucional de la sobrina de la actora, habida cuenta de su condición de menor de edad y ante la ineficacia

de otros mecanismos ordinarios que garanticen efectivamente la defensa de los derechos invocados, la tutela resulta ser la vía adecuada para solicitar el amparo de las garantías constitucionales fundamentales.

En efecto, una vez confirmada la procedencia de la presente acción, corresponde determinar si las entidades accionadas desconocieron las garantías constitucionales de Mariana.

En aras de solucionar el anterior problema jurídico, es necesario hacer énfasis en el deber constitucional de las autoridades públicas y privadas, y de la familia y la sociedad en general, de comprometerse con la garantía integral y simultánea de todos los derechos de los niños y las niñas en virtud del principio de interés superior de los menores de edad.

En atención a dicho principio, esta Corporación ha sido enfática en señalar que tratándose del derecho a la salud de un menor de edad no es necesario acreditar la existencia de una patología determinada, sino que el simple hecho de no encontrarse inscrito en un sistema que le permita contar de manera oportuna con el servicio de salud implica per se una violación del derecho a la salud.

Por consiguiente, si bien en el presente caso se desconoce el estado de salud de la niña, existe certeza de que actualmente no se encuentra vinculada al sistema de seguridad social en salud, pues desde el 11 de febrero de 2016 fue desafiliada del régimen subsidiado con miras a efectuar el traslado a la Fiduciaria La Previsora S.A.. No obstante, dicha entidad supeditó su vinculación, como beneficiaria de su tía, al trámite de adopción.

Frente a ello, no se puede menos que desestimar los argumentos en que las entidades accionadas y el juez de segunda instancia sustentaron la negativa, pues, a juicio de esta

Sala, en el presente caso resultaría desproporcionado exigir el agotamiento del trámite de adopción, en razón a que ello implicaría seguir desconociendo el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes al más alto nivel posible de salud y someter a Mariana a un estado de indefensión.

Por otra parte, cabe recordar que la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que los funcionarios encargados de aplicar las normas relativas a la prestación de los servicios de salud deberán siempre atender, como principio orientador de sus decisiones, el interés prevalente y superior del menor de edad, por lo que esta decisión en extremo formalista no puede ser considerada respetuosa de dicho principio.

Ahora bien, dado que la niña se encuentra bajo la custodia de su tía, en virtud de lo decidido por el ICBF, no puede afirmarse que afronta condiciones de vulnerabilidad o pobreza que le permitan acceder al régimen subsidiado de seguridad social en salud, pues la responsable de su cuidado se encuentra vinculada laboralmente y no hizo alusión alguna al respecto.

La circunstancia de que Fiduprevisora S.A. y Médicos Asociados S.A. hubiesen invocado la ausencia de una disposición normativa expresa, dentro del régimen aplicable al Magisterio, sobre la inscripción de sobrinos al Subsistema de Salud del Magisterio significa una aplicación literal de la normativa que, si bien es de buena fe, no se acompasa con la finalidad de la disposición, con el contexto dentro del cual se elevó la petición, ni con el literal i) del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015.

La negativa de las entidades accionadas no tuvo en cuenta la permanencia de Mariana bajo el cuidado de su tía y la formalización legal de dicha situación mediante el otorgamiento de la custodia y cuidado personal, ni tampoco el alcance de las obligaciones que fueron encomendadas a la peticionaria respecto de su sobrina. Dichas circunstancias implican, sin duda alguna, una diferencia sustancial entre Mariana, para quien su tía es su madre-

cuidadora, y los demás menores de edad sobrinos de afiliados que no se encuentran en la misma situación de dependencia directa del cuidado de sus tíos.

Asumir que la niña era, simplemente, la sobrina de la peticionaria, sin tener en cuenta que para todos los efectos prácticos y jurídicos su tía ha cumplido con los deberes y los cuidados propios de una madre, significa la ausencia de valoración de la realidad que se puso en conocimiento de las entidades demandadas para su decisión y de la finalidad de las normas sobre la afiliación de familiares.

Al interpretar las disposiciones que regulan el régimen excepcional del Magisterio de manera aislada a la circunstancia de que la dependencia directa de la menor de edad, su cuidado y custodia se encuentran a cargo de su tía, las entidades accionadas adoptaron una decisión cuyo resultado inmediato lesiona varios preceptos constitucionales, por cuanto implica que la niña deberá, o bien ser afiliada directamente al régimen general de seguridad social en salud o bien esperar a que se realice el proceso de adopción.

Las entidades accionadas aplicaron literalmente la normativa respectiva, desatendiendo el principio de interpretación conforme a la Constitución, ya que su decisión generó la desprotección del menor de edad en materia de seguridad social, vulnerando las siguientes disposiciones superiores: i) artículo 13, por cuanto las demandadas dispensan a Mariana un trato igual al que se habría de otorgar a los demás sobrinos de afiliados que no se encuentran en su misma situación y que solicitan ser inscritos como beneficiarios. Al impartir un trato igual a situaciones que son esencialmente disímiles, se lesiona el principio constitucional de igualdad; ii) artículo 42, que consagra el deber del Estado de proteger de manera especial la familia en cualquiera de sus formas, máxime si tales formas de organización familiar han sido reconocidas por el ICBF y; iii) artículo 44, atinente a los derechos fundamentales de los niños.

En la medida en que la decisión de las entidades accionadas obstaculiza el cumplimiento, por

parte de la señora Josefina, de los deberes encomendados como cuidadora personal de Mariana, encargada de su custodia, tal negativa de afiliación dificulta el cumplimiento de la decisión adoptada por los funcionarios del ICBF directamente competentes para preservar el bienestar de la menor de edad en cuestión.

Así, contrario a permitir que la peticionaria pueda cumplir con la obligación elemental de velar por la salud de la niña, la negativa de afiliación torna más difícil y dispendioso el cumplimiento de dicha obligación, sometiendo en el entretanto la efectividad de los derechos fundamentales de la menor de edad al riesgo implícito de la desprotección total.

En ese orden de ideas y en consonancia con las consideraciones realizadas en el acápite 6 de esta providencia, es dable concluir que los menores de edad, entregados en custodia legal por la autoridad competente, tienen derecho ser incluidos al Subsistema de Salud del Magisterio, en calidad de beneficiarios de los docentes cotizantes encargados de su cuidado, pues, de lo contrario se desconocen los principios de igualdad, solidaridad, acceso al sistema de seguridad social y los derechos fundamentales de protección que deben garantizársele a los niños, niñas y adolescentes, condición que ostenta la sobrina de la accionante cuya custodia le fue otorgada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En tal virtud, esta Sala, debido a las especiales circunstancias del caso sub examine, considera que la decisión adoptada por las entidades accionadas desconoció las garantías constitucionales de la niña en comento, razón por la cual, se concederá la presente tutela.

Corolario de lo anterior, la Corte ordenará que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, se afilie al Subsistema de Salud del Magisterio a Mariana, en calidad de beneficiaria de la docente Josefina, con todos los derechos propios que de tal condición se derivan.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta 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 veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, Sala Civil Familia Laboral que, a su vez, revocó la dictada el trece (13) de julio de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de San José del Guaviare. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales de Mariana a la integridad física, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia afilie a la menor de edad, Mariana, al Subsistema de Salud del Magisterio, en calidad de beneficiaria de la señora Josefina.

TERCERO.- Por Secretaría, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ANTONIO JOSE LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Magistrado (e.)

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-177/17

LENGUAJE JURIDICO-Importancia (Aclaración de voto)

Para la Corte Constitucional ha sido de especial relevancia que el lenguaje jurídico no abrigue una exclusión de grupos o actividades por la posible afectación de derechos que de ello podría derivarse y porque tales expresiones no son respetuosas de los principios y valores constitucionales.

LENGUAJE JURIDICO-Jueces constitucionales tienen la obligación de omitir o de modificar aquellos conceptos que tienen una carga de exclusión o que califican ciertas conductas como adecuadas y otras como imperfectas (Aclaración de voto)

Los jueces constitucionales deben reconocer que el lenguaje jurídico es una herramienta de creación de estándares de conducta, por lo que están en la obligación de omitir o de modificar aquellos conceptos que tienen una carga de exclusión o que califican ciertas

conductas como adecuadas y otras como imperfectas. Bajo los postulados superiores de igualdad, de dignidad y de diversidad, más que ahondar en las diferencias y calificarlas es necesario reconocer las situaciones que merecen protección, sin perpetuar una discriminación a través del lenguaje institucional que utiliza la Corte, más aún cuando se reproduce un patrón de discriminación que correspondió a una larga época en la historia contra personas que merecen especial protección derivada de la Carta.

LENGUAJE JURIDICO-Es inadecuado utilizar la expresión “familias ensambladas” para calificar las familias (Aclaración de voto)

Es inadecuado utilizar el adjetivo de “ensambladas” para calificar las familias. Lo ensamblado es lo que originalmente no corresponde en ese lugar y luego se adecua, se une o se ajusta, en otras palabras, se trata de unir elementos que son ajenos. Esta caracterización no necesariamente es relevante, ni es cierta, pues es incompatible con la concepción constitucional de familia, que se sustenta en la existencia de afectos. Las múltiples formas en que surgen lazos entre las personas únicamente tienen relevancia jurídica para identificar la existencia de una familia, pero no para juzgar su pasado, ni para marcar a sus miembros con los juicios de valor sobre lo normal, lo adecuado, lo ensamblado o lo fracturado.

Referencia: Expediente T-5.842.027

Demandante: Marilyn Lucia Moreno Cuesta en representación de Maritza Cuesta Moreno.

Demandado: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Fiduciaria LA PREVISORA S.A. y Médicos Asociados S.A.

Magistrado Ponente:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a continuación las razones que me conducen a aclarar mi voto a la decisión adoptada por la Sala Cuarta de Revisión en sesión del 24 de marzo de 2017, que por votación mayoritaria profirió la sentencia T-177 de 2017, de la misma fecha.

En el presente asunto, se trató de una acción de tutela promovida por una niña representada por su tía, quien tiene su custodia y su cuidado por decisión del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF, y a quien las entidades accionadas le negaron su afiliación al régimen especial de salud del magisterio, con fundamento en que no hace parte del núcleo familiar de la docente.

El problema jurídico fue planteado en torno a determinar si “(...) las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la integridad física, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna de la menor de edad, Maritza Cuesta Moreno, al negar su vinculación al Subsistema de Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad de beneficiaria de su tía, Marilyn Lucía Moreno Cuesta, docente encargada de su custodia y cuidado personal, bajo el argumento de que no hace parte del grupo familiar que se permite afiliar.”

La sentencia tuvo la siguiente estructura: i) el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a la salud y las obligaciones de las autoridades; ii) el régimen especial de seguridad social en salud aplicable a los docentes y a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; iii) los regímenes especiales de seguridad social y el deber de interpretación conforme al Texto Superior; iv) la familia en el ordenamiento jurídico colombiano, entre las que se encuentran las “ensambladas”, las monoparentales, las nucleares intactas, las consanguíneas, las adoptivas y las de crianza; v) la crianza como un factor a partir del cual surge el parentesco; y vi) la declaratoria de custodia y sus implicaciones en la afiliación al sistema de seguridad social.

Como ratio decidendi, la providencia consideró que las entidades accionadas aplicaron literalmente la normativa respectiva, sin considerar el principio de interpretación conforme a la Constitución, lo que generó la desprotección de la menor de edad en materia de seguridad social, lo que además desconoció los artículos 13, 42 y 44 de la Carta.

En esta oportunidad, aunque comparto la decisión final, me aparto del uso reiterado del término de “familias ensambladas”, pues constituye un lenguaje con una fuerte carga de exclusión contraria la Carta Política. De esta manera, los argumentos que siguen sustentan mi posición:

La importancia del lenguaje en la formación del sistema social y del subsistema jurídico

1. 1. El lenguaje, entendido como un sistema de signos, órdenes de sentidos, significados, reviste una importancia transcendente en la formación y funcionamiento del sistema social y en este caso del subsistema jurídico, empleado específicamente en la construcción de conocimiento y su comunicación, en la determinación del contenido normativo y en la sustentación de las decisiones judiciales que profieren los jueces.

Según DUCROT y TODOROV el lenguaje tiene tres (3) características, de una parte es sistemático porque entre los signos que lo componen existen ciertas relaciones que permiten formar las palabras, las oraciones y los discursos. De otro lado, debe verificarse la existencia de significación, es decir, reconduce a la configuración de nociones, significados y conceptos. Finalmente, la naturaleza de secundariedad se refiere a las propiedades del lenguaje para hablar de las palabras que lo componen, permitir la construcción de frases que rechazan la representación y la denotación, y finalmente la aprehensión del significado mediante una valoración del contexto.

Para AUSTIN el concepto fundamental del lenguaje son los actos del habla, entendidos como acciones que se realizan diciendo algo, como sería la expresión “te prometo que vendré mañana” (acto ilocucionario) o “aseguro que he visto a peter” en el primer caso el sujeto promete algo, mientras que en el segundo realiza una afirmación.

2. De otra parte, las funciones del lenguaje están directamente relacionadas con el proceso comunicacional y el énfasis que, en uno o varios de sus elementos, se efectúa al momento de realizar el acto comunicativo. Conforme a lo anterior, las funciones del lenguaje son: i) comunicativa; ii) emotiva; iii) cognitiva; iv) regulativa; y v) normativa.

La función comunicativa se refiere a que el lenguaje constituye un poderoso instrumento de intercambio simbólico lingüístico y de interacción social, el cual puede tener naturaleza unilateral cuando se expide una decisión o se profiere una orden o bilateral cuando existe un diálogo entre interlocutores.

La función emotiva del lenguaje está asociada a la expresión de los sentimientos, anhelos o deseos del hablante.

La función cognitiva hace referencia al servicio que presta el lenguaje para construir conocimiento o usar el adquirido.

La función regulativa se trata de una expresión lingüística que contiene un mandato, una orden o un requerimiento. En otras palabras, es una dimensión del lenguaje que tiene como finalidad guiar preceptivamente los comportamientos humanos conforme a la voluntad del emisor. En esta categoría se encuentra la función normativa relacionada principalmente con el derecho y que se refiere a los enunciados que se dirigen directamente sobre la conducta humana, con el objeto de que los sujetos se ajusten a sus preceptos conforme a las autorizaciones, los mandatos o las prohibiciones contenidos en tales enunciados.

Conforme a lo anterior, el derecho entendido no como un simple conjunto de leyes, sino más bien como el contenido normativo o prescriptivo de las mismas, constituye un fenómeno lingüístico sobre el significado regulatorio de las disposiciones jurídicas. En decir, se busca entender el derecho como un discurso de las autoridades legislativas y adicionalmente de las que deben interpretarlo y aplicarlo, como es el caso de la jurisdicción.

3. La importancia del lenguaje en la formación del sistema social y del subsistema jurídico, ya ha sido reconocida por esta Corporación en muchas oportunidades y más recientemente en la sentencia C-147 de 2017, en la que indicó que: “La utilidad del lenguaje trasciende el escenario típicamente comunicativo, en el que se orienta al intercambio de pensamientos e ideas, en el marco de la literalidad de lo expresado por la nomenclatura de cada palabra y por la gramática de cada frase. La palabra no se reduce al signo y a su funcionalidad gramática, sintáctica o a su utilización práctica, en la medida en que no solo atiende a su significado concreto, sino a la función que se predica de ella en una oración o al contexto en el que se emite o se recibe.”

En ese mismo pronunciamiento la Corte expresó que: “Las palabras no solo responden a su significado formal, sino que este se encuentra ligado al contexto, responde al uso comúnmente aceptado y a la valoración social de la cosa referida. De este modo hablar del lenguaje no solo implica hablar de significados en abstracto, sino de un conjunto de referentes sociales con un alto poder simbólico.”

4. De tal suerte que la potencialidad del lenguaje no solo se encuentra limitada a la capacidad de comunicar ideas, sino también a la posibilidad de crear, deconstruir, transformar, perpetuar o extinguir percepciones sobre las cosas a las que se refieren las palabras, es decir, crea realidad y la difunde, además, consolida socialmente representaciones sobre las cosas nombradas que serán aceptadas o rechazadas conforme la escala axiológica de los emisores y receptores de los mensajes, mediante efectos conductuales e inclusive jurídicos.

El lenguaje institucional. El acto comunicativo de los jueces como expresión del ejercicio de la función jurisdiccional bajo estrictos criterios de independencia y de imparcialidad

5. Esta Corporación en la mencionada sentencia C-147 de 2017, resaltó la importancia del lenguaje de las autoridades, pues aquel constituye un agente trascendental en el proceso comunicativo social desde su labor regulatoria de las interacciones sociales. De esta manera, el lenguaje juega un papel definitorio en los debates gubernamentales y parlamentarios, las deliberaciones y la toma de decisiones judiciales y hasta las acciones legislativas, pues no solo sirve como parámetro referencial para la regulación conductual, sino que configura la representación pública y legítima de la realidad, y la forma en que dichas instituciones ejercen sus funciones constitucionales y legales.

De esta manera, cuando el lenguaje y las palabras se usan en un contexto oficial que, como la jurisdicción, tiene la posibilidad de incluir representaciones sobre las cosas con fuerza de autoridad, porque las valora, las regula y las hace efectivas con fundamento en su poder

legítimo y en el ejercicio de su función en cumplimiento de los principios de independencia y de imparcialidad. Por tal razón, la fuerza creadora de las palabras se intensifica y las nociones sobre las cosas adquieren un poder simbólico mayor.

6. Varios estudios han relacionado el lenguaje con la reproducción de la desigualdad del racismo y el sexismo. Con respecto al discurso racista se ha sostenido que aquello considerado como consenso social está atravesado por determinadas ideologías dominantes. Y sobre el lenguaje sexista, algunos autores han expuesto que al ignorar a las mujeres o al homologarlas a los hombres, el lenguaje que “excluye u oscurece a algunos sujetos sociales, no sólo representa lingüísticamente la negación de los mismos, sino que contribuye a la reproducción y permanencia de prejuicios comunes”.

Para la Corte Constitucional ha sido de especial relevancia que el lenguaje jurídico no abrigue una exclusión de grupos o actividades por la posible afectación de derechos que de ello podría derivarse y porque tales expresiones no son respetuosas de los principios y valores constitucionales. La sentencia C-037 de 1996 declaró inexecutable la expresión “recursos humanos” de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia porque estimó que era contrario a la dignidad humana concebir a una persona como un medio para un fin. Consideró que aunque el uso de la expresión fuera cada vez más común, era deplorable y señaló que “es deber de la Corte preservar el contenido axiológico humanístico que informa a nuestra norma fundamental, velando aún porque el lenguaje utilizado por el legislador no la contradiga”.

Igualmente, la sentencia C-478 de 2003, al estudiar la constitucionalidad de términos jurídicos del Código Civil que hacían referencia a las personas en condición de discapacidad, declaró inexecutable varios apartados normativos por ser discriminatorios y contrarios a la dignidad humana.

Por su parte, la sentencia C-458 de 2015 estudió la constitucionalidad de varias expresiones contenidas en normas, que eran acusadas de ser discriminatorias. En las consideraciones, la providencia explicó que “[n]o cabe ninguna duda del poder del lenguaje y más del lenguaje como forma en la que se manifiesta la legislación, que es un vehículo de construcción y preservación de estructuras sociales y culturales”. En el análisis de las expresiones demandadas, la Corte consideró que aunque algunos términos podían tener implicaciones inconstitucionales, ofrecían una protección legal a una población, por esa razón, las declaró exequibles y condicionó su constitucionalidad a una comprensión ajustada a la normativa internacional, que no contiene cargas discriminatorias.

7. La sentencia T-177 de 2017, de la cual aclaro mi voto, reiteró el uso del concepto de “familia ensamblada”, que había sido previamente utilizada en las sentencias T-292 de 2016 y T-577 de 2011. En mi criterio, el propósito de la sentencia en relación con la consolidación de esa línea jurisprudencial es enfatizar en la igualdad de derechos entre hijos y demostrar que son odiosas las diferenciaciones y exclusiones en razón de la forma en la que se integran a la familia. Los derechos a la familia y a la igualdad implican que los hijos y demás miembros, más cuando se trata de menores de edad, no deben tener un trato diferente en virtud de la historia emocional de sus padres y las formas en las que el derecho las califica.

En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano denominaba a los hijos extramatrimoniales, “hijos naturales”, al tiempo que les concedía menos derechos que a aquellos hijos nacidos después de que sus padres contrajeran matrimonio. En la actualidad, dicha diferenciación no existe, ni podrá existir mientras la Constitución de 1991 se encuentre vigente. Los lazos que se construyen alrededor de la familia surgen por las relaciones de apoyo y afecto entre los miembros. De esta manera, la jurisprudencia ha reconocido igualdad de derechos a los miembros de las familias, sin importar la forma en la que sus integrantes hacen parte de ella. No se privilegia una forma de constituirla, ni se considera que exista un modelo a seguir u otros que se desprecian.

8. Por lo anterior, considero inadecuado utilizar el adjetivo de “ensambladas” para calificar las familias. Lo ensamblado es lo que originalmente no corresponde en ese lugar y luego se adecua, se une o se ajusta, en otras palabras, se trata de unir elementos que son ajenos. Esta caracterización no necesariamente es relevante, ni es cierta, pues es incompatible con la concepción constitucional de familia, que se sustenta en la existencia de afectos. Las múltiples formas en que surgen lazos entre las personas únicamente tienen relevancia jurídica para identificar la existencia de una familia, pero no para juzgar su pasado, ni para marcar a sus miembros con los juicios de valor sobre lo normal, lo adecuado, lo ensamblado o lo fracturado.

9. En suma, los jueces constitucionales deben reconocer que el lenguaje jurídico es una herramienta de creación de estándares de conducta, por lo que están en la obligación de omitir o de modificar aquellos conceptos que tienen una carga de exclusión o que califican ciertas conductas como adecuadas y otras como imperfectas. Bajo los postulados superiores de igualdad, de dignidad y de diversidad, más que ahondar en las diferencias y calificarlas es necesario reconocer las situaciones que merecen protección, sin perpetuar una discriminación a través del lenguaje institucional que utiliza la Corte, más aun cuando se reproduce un patrón de discriminación que correspondió a una larga época en la historia contra personas que merecen especial protección derivada de la Carta.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

