

Sentencia T-218/13

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Elementos/AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Abuela en representación de menor

La Corte ha señalado que los elementos de la agencia oficiosa en materia de tutela son: i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio. De allí que, en diversos casos, se hayan considerado improcedentes las acciones de tutelas interpuestas a nombre de terceros en aquellos eventos en que no está probada la imposibilidad del titular del derecho fundamental afectado para promover su propia defensa. En el caso que se revisa, la Sala considera que la agencia oficiosa de la abuela de la menor resulta procedente en la medida en que se trata de una niña de 3 años que debido a su edad no se encuentra en la capacidad de asumir su propia defensa, y además, la accionante ostenta actualmente la custodia de la menor, la cual le fue otorgada a través de acta de conciliación ante el ICBF.

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Régimen de beneficiarios de servicios de salud incluye la figura de cotizante dependiente

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Consagración constitucional e internacional

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DE NIÑOS Y NIÑAS-Fundamental

El derecho a la salud de los menores es fundamental y autónomo, motivo por el cual, para que proceda su protección por esta vía, no es necesario demostrar que la afectación del derecho a la salud del menor amenaza, como en el caso anterior, el derecho fundamental a la vida o integridad del menor. De esta forma, la garantía efectiva del derecho en cuestión de los niños y las niñas no solo se materializa en la prestación efectiva de un servicio o tratamiento médico que se necesite, sino que depende también del acceso al servicio público de salud, es decir, de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud o a alguno de los subsistemas contemplados en la legislación. En tal sentido, el derecho a la

salud de un menor puede considerarse vulnerado, sin importar que no exista una patología que tratar, pues el simple hecho de no encontrarse el sujeto de especial protección incluido en un sistema que le permita contar en forma oportuna con los servicios de salud frente a cualquier enfermedad que pueda presentarse, “constituye en sí misma una vulneración no sólo del derecho a la seguridad social, sino también del derecho a la salud, de acuerdo con la lectura que se deriva de los instrumentos internacionales antes mencionados”.

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DE NIÑOS Y NIÑAS-Vulneración por exclusión del sistema de salud de menores afiliados como beneficiarios de sus abuelos

La Corte ha establecido que la inobservancia del principio del interés superior del menor por parte de las autoridades públicas encargadas de hacer efectiva la prestación de los servicios de salud de un niño o niña, deberá ser considerada como un desconocimiento de las normas internacionales, constitucionales y legales que regulan la materia. Así, por ejemplo, el acto de desafiliación de un menor sin que éste hubiese sido afiliado bajo alguna otra calidad al sistema general o algún otro subsistema, en el régimen contributivo o subsidiado, constituye claramente una vulneración del derecho fundamental a la salud de los niños y las niñas.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Orden para afiliación de nieta como cotizante dependiente de la accionante afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin exigirle pago adicional

Referencia: Expediente T-3.722.801

Acción de tutela instaurada por Xiomara Alicia Guzmán Mejía, en calidad de agente oficiosa de la menor Bianca Bocanegra Badillo, contra Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Fiduciaria La Previsora S.A. y la EPS Unión Temporal del Norte en Santa Marta.

Magistrado Ponente:

ALEXEI JULIO ESTRADA

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral

9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el treinta y uno (31) de agosto de dos mil doce (2012) veintiséis (26) de julio de 2012, en la acción de tutela instaurada por Xiomara Alicia Guzmán Mejía, en calidad de agente oficiosa de la menor Bianka Bocanegra Badillo, contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Fiduciaria La Previsora S.A. y la EPS Unión Temporal del Norte en Santa Marta.

ANTECEDENTES

El pasado seis (6) de julio de dos mil doce (2012), la ciudadana Xiomara Alicia Guzmán Mejía, en calidad de agente oficiosa de la menor Bianka Bocanegra Badillo, interpuso acción de tutela solicitando el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, la salud y la vida digna de su agenciada los cuales estima fueron vulnerados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la fiduciaria La Previsora S.A. y la EPS Unión Temporal del Norte en Santa Marta.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta sus pretensiones en los siguientes:

Hechos

1.- La Sra. Xiomara Alicia Guzmán Mejía, afiliada al régimen contributivo como cotizante del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es abuela materna de la menor Bianka Bocanegra Badillo, en cuyo nombre actúa.

2.- A través del acta de conciliación No. 219 del 10 de octubre de 2012 diligenciada por el ICBF, la accionante (abuela materna) y su hija Yirca Yareth Badillo Guzmán (madre de la menor[1]) acordaron otorgarle a la peticionaria la custodia y cuidado personal de su menor nieta.

3.- La accionante señaló que el día 3 de julio de 2012 solicitó a la EPS Unión Temporal del

Norte la afiliación de su nieta en calidad de beneficiaria.

Aduce que la entidad requerida denegó tal solicitud dado que, según los presupuestos del pliego de condiciones y del contrato celebrado entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria La Previsora, ésta no puede ser inscrita bajo esa categoría.

4.- Afirma la demandante que la anterior negativa deja en situación de desamparo a su nieta, quien solo cuenta con 3 años de edad y actualmente no se encuentra afiliada a ningún sistema de seguridad social en salud.

5.- Declara que actualmente no tiene beneficiarios y que su nieta, cuya custodia le fue entregada por su hija al no contar ésta con los medios económicos para procurarle la subsistencia, depende única y exclusivamente de ella.

6.- Aduce que tiene 51 años de edad, es mujer cabeza de hogar y actualmente se encuentra sometida a tratamiento médico para el cáncer de seno, situación que le genera gastos adicionales. Indica además que tiene deudas con el Banco Popular y la Cooperativa de Educadores del Magdalena,[2] por lo que sus gastos personales y los de Bianka, consumen sus ingresos mensuales impidiéndole asumir un costo adicional para la afiliación de su nieta al sistema de salud.

Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela

7.- Afirma la accionante que de los anteriores hechos se desprende una vulneración de los derechos fundamentales a la salud, la vida, la igualdad, y la seguridad social de su agenciada por parte de las accionadas. Estima que éstas desconocieron la primacía del interés superior del menor al imponerle a su nieta barreras para la efectiva materialización de sus derechos, como lo fue la negativa a afiliarla en calidad de beneficiaria suya y, en consecuencia, la exigencia del pago de una UPC adicional. Por lo anterior, solicita que se ordene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la afiliación como beneficiaria de su menor nieta Bianka Bocanegra Badillo al subsistema de salud de los docentes.

Respuesta de la entidad demandada

8.- La Unión Temporal del Norte – Organización Clínica General del Norte – dio respuesta a la presente acción por medio de su Directora Médica, quien señaló que, en el presente caso, ellos tienen simplemente la calidad de contratistas que prestan el servicio de salud, y se limitan a brindar la atención en salud a las personas incluidas en los listados que mensualmente prepara el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues son ellos los llamados a realizar las afiliaciones y a determinar quiénes son acreedores de los servicios de salud.

Por último, informó que existe una carga que la actora debe cumplir ante la Fiduprevisora, con el objeto de obtener la afiliación como beneficiario de algún familiar. Ésta consiste en acreditar los requisitos establecidos para la afiliación, entre ellos, certificar un grado de filiación que esté consagrado como viable para lograr dicho cometido, ya sea por nexo biológico, adopción o mandato judicial[3], requisitos que no han sido llenados por la peticionaria.

9.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria La Previsora no dieron respuesta a la presente acción de tutela y no se pronunciaron sobre las pretensiones de la actora.

Actuaciones procesales

Primera Instancia

10.- El veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012), el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Santa Marta profirió sentencia de primera instancia accediendo a las pretensiones de la accionante, con el fin de materializar la protección especial al interés superior de los menores. Indicó que en vista de que se encuentra probado que la menor Bianka Bocanegra Badillo no cuenta actualmente con servicio de salud y que se encuentra bajo la custodia de la ahora accionante es menester ordenar, de manera provisional, la afiliación de la menor en la calidad de cotizante dependiente, pagando el valor de una UPC adicional. En virtud de lo anterior, se le otorgó a la actora el plazo de cuatro meses para realizar el trámite legal de adopción de su nieta, a fin de que pudiera ser afiliada como beneficiaria sin seguir cancelando la UPC adicional.

Segunda Instancia

11.- El treinta y uno (31) de agosto de dos mil doce (2012), la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, profirió sentencia de segunda instancia en la que revocó la proferida por el a-quo, ordenando no tutelar los derechos de la accionante. La anterior decisión fue tomada partiendo del concepto y la naturaleza jurídica de la institución de la custodia en nuestro ordenamiento jurídico la cual, por mandato legal, se presume que siempre radica en cabeza de los padres, y que solo en forma excepcional puede el juez, atendiendo a las especiales circunstancias del caso concreto, otorgársela a terceros interesados.

Por esta razón, declaró la improcedencia del presente amparo aduciendo que a la accionante no se le ha otorgado la custodia de su nieta por parte de la autoridad competente. Sin embargo, resaltó que los nietos no pueden ser considerados como hijos adoptivos por el hecho de que los abuelos asuman la custodia, por lo que ni siquiera contando con el documento legal idóneo podría afiliar a su nieta como beneficiaria, ya que las decisiones sobre custodia y cuidado personal, no implican la pérdida de la patria potestad de los padres.

Finalmente, el Tribunal indicó que no está demostrada la dependencia económica entre la agenciada y la señora Xiomara Alicia Guzmán, e igualmente, que no se acreditó la falta de protección por parte de sus ascendientes legítimos, por lo que la accionante debe iniciar el proceso jurisdiccional con el objeto de obtener la custodia, o el trámite administrativo ante el ICBF para la adopción de su nieta para así poder reclamar que ésta sea afiliada como beneficiaria.

Pruebas que obran en el expediente

- 1.- Copia del acta en virtud de la cual se entrega la custodia de la menor Bianka Bocanegra Badillo a la señora Xiomara Alicia Guzmán Mejía (Folio 4 del cuaderno principal).
- 2.- Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante (Folio 5 del cuaderno principal).
- 3.- Copia del Registro Civil de Nacimiento de la menor Bianka Bocanegra Badillo (Folio 6 del cuaderno principal).
- 4.- Copia de la Declaración Extraproceso de la Sra. Xiomara Alicia Guzmán Mejía (Folio 15

del cuaderno de la Corte).

5.- Respuesta de Fiduprevisora en la que informa la vinculación de la actora en calidad de cotizante y de Bianka Bocanegra Badillo (nieta), como su beneficiaria (Folio 24 del cuaderno de la Corte).

6.- Copia del Acta de conciliación No. 219 del 10 de octubre de 2012 diligenciada por el ICBF y del auto mediante el cual fue aprobada (Folios 17 al 19 del cuaderno de la Corte).

II. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

12.- Mediante auto del ocho (8) de marzo de dos mil trece (2013), con base en lo dispuesto en el artículo 57 del Acuerdo 05 de 1992 y los artículos 179 y 180 del C.P.C., el Magistrado Sustanciador ordenó a las partes la práctica de ciertas pruebas para mejor proveer en el asunto de la referencia.

De acuerdo con los oficios OPTB-124 al 127 del 12 de marzo de 2013, emanados de la Secretaría de esta Corporación, se surtió la notificación del auto a las requeridas.

El día catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013), en respuesta al oficio OPTB-124/2013, se recibió en la Secretaría de esta Corporación (i) declaración extraproceso de la Sra. Xiomara Alicia Guzmán Mejía; (ii) Copia del Acta de conciliación No. 219 del 10 de octubre de 2012 del ICBF donde le fue entregada la custodia de su menor nieta y (iii) copia del auto aprobatorio de la conciliación.

El día diecinueve (19) de marzo de dos mil trece (2013), en respuesta al oficio OPTB-127/2013, se recibió en la Secretaría de esta Corporación respuesta de Fiduprevisora donde informa que la menor Bianka Bocanegra Badillo se encuentra afiliada como beneficiaria de su abuela, la Sra. Xiomara Alicia Guzmán Mejía.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro del trámite de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo

establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión deberá determinar si el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la fiduciaria La Previsora y la EPS Unión Temporal del Norte en Santa Marta vulneraron los derechos fundamentales a la salud, la vida, la igualdad, y la seguridad social de la menor Bianca Bocanegra Badillo al negarse a inscribirla en el subsistema de Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como beneficiaria de su abuela, la Sra. Xiomara Alicia Guzmán Mejía, aduciendo que la misma no hacía parte del grupo familiar que se permite afiliar como beneficiario.

La agencia oficiosa en la acción de tutela

4.- El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991[4] contempla la posibilidad de que un tercero sea quien pueda presentar acción de tutela a favor de una persona, cuando ella no pueda ejercer su propia defensa, situación que se debe manifestar en la demanda de tutela, esta previsión corresponde a la figura jurídica de la agencia oficiosa.[5]

5.- La Corte ha señalado que los elementos de la agencia oficiosa en materia de tutela[6] son: i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio. De allí que, en diversos casos, se hayan considerado improcedentes las acciones de tutelas interpuestas a nombre de terceros en aquellos eventos en que no está probada la imposibilidad del titular del derecho fundamental afectado para promover su propia defensa.[7]

6.- En el caso que se revisa, la Sala considera que la agencia oficiosa de la abuela de la menor resulta procedente en la medida en que se trata de una niña de 3 años que debido a su edad no se encuentra en la capacidad de asumir su propia defensa, y además, la Sra. Xiomara Guzmán quien interpone la acción de tutela ostenta actualmente la custodia de la menor, la cual le fue otorgada a través de acta de conciliación ante el ICBF.

El régimen de Seguridad Social en Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Magisterio.

7.- El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 reconoció la existencia de un conjunto de regímenes especiales de Seguridad Social, distintos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre ellos el de los miembros de las Fuerzas Militares, los trabajadores de Ecopetrol y los educadores, éste último regulado por la Ley 91 de 1989. A través de ésta se constituyó un subsistema o régimen especial de seguridad social para los docentes, para lo cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, encargándosele el manejo de sus recursos a la fiduciaria La Previsora[8], entidades que de forma conjunta tienen la función de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales a sus afiliados.

8.- En sentencias anteriores, esta Corte encontró ciertos vacíos e inconsistencias en la normativa que regula este régimen especial, los cuales impedían a los funcionarios públicos que aplicaban estas disposiciones identificar con claridad el grupo de personas que podía ser afiliado como beneficiario(a). Así, en la sentencia T- 348 de 1997 esta Corporación señaló:

“(…) el sistema legal de seguridad social en salud de los educadores estatales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no consagra el régimen de beneficiarios de los servicios de salud, el que queda librado a la discrecionalidad del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a lo que se establezca en los contratos de prestación de servicios que, a nivel departamental, suscriba la fiduciaria La Previsora Ltda. Con la entidad regional prestadora de servicios de salud que resulte seleccionada luego del proceso contractual (...)”. (subrayas fuera del texto original)

9.- En el año 2004[9] el Consejo Directivo unificó la normatividad en el tema de beneficiarios, y se estableció que los servicios médicos contenidos en el plan del FNPSM sería suministrado a los afiliados y al grupo familiar compuesto por:

- “El cónyuge.
- El compañero(a) permanente cuya unión sea superior a dos años, según las normas vigentes.

- Los hijos de los educadores hasta los 18 años de edad.
- Los hijos mayores de 18 años de edad con incapacidad permanente.
- Los hijos entre 19 y 25 años, siempre y cuando se demuestre dependencia total del educador afiliado y se acredite su condición de estudiante (validada semestral o anualmente según corresponda): se debe incluir para estos casos los períodos de vacaciones.
- Las hijas beneficiarias según coberturas anteriores y que se encuentren en estado de embarazo, así como su recién nacido hasta los primeros treinta días de edad.
- Los padres de los educadores solteros y sin hijos, mientras no estén pensionados y dependan económicamente de éste.”

10.- Pues bien, habiendo visto quiénes hacen parte del grupo familiar que puede ser afiliado como beneficiario en este subsistema, surge la pregunta de ¿en qué calidad deben ser afiliadas las personas que, según la normatividad, no hacen parte del grupo familiar?

11.- Con el propósito de extender la cobertura del régimen contributivo a más personas, el Sistema General de Seguridad Social en Salud previó la posibilidad de afiliar a otras personas que son cercanas al grupo familiar o dependen económicamente del afiliado, bajo la figura del cotizante dependiente[10], siempre que se asumiera una carga económica consistente en el pago de la Unidad de Pago por Capitación que corresponda en cada caso. La figura de los cotizantes dependientes cobra sentido al tener en cuenta que hay personas que no pueden acceder al régimen contributivo por no tener la capacidad de cotizar[11].

Así, la consagración de esta posibilidad de extender la cobertura a personas ajenas al grupo familiar definido por la ley, constituye una exigencia derivada del principio de universalidad que debe orientar la configuración del Sistema de Seguridad Social en Salud. En tal sentido, la Corte ha considerado que “incluso los regímenes especiales diferentes al general establecido por la Ley 100 de 1993, deben incluir dicha posibilidad”. Por tal motivo, la Corte ha instado en reiteradas ocasiones a las autoridades competentes para que incluyan la figura de los cotizantes dependientes en la configuración del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[12].

12.- Así, por ejemplo, en la sentencia T-015 de 2006 se planteó ante la Corte una controversia respecto a la situación de los padres de los docentes que eran dependientes de sus hijos afiliados, pues el Consejo Directivo del FNPSM dispuso que sólo podían acceder a los servicios de salud cuando el afiliado no tuviese como beneficiarios a su cónyuge o a sus hijos. Esta situación originó que muchos de los padres de los afiliados al FNPSM, que venían recibiendo los servicios de salud en calidad de beneficiarios, fueran excluidos del sistema.

En esta ocasión, la Corte señaló que era admisible que existieran regímenes especiales, de modo que “las diferencias creadas con la normatividad general no resultan contrarias al principio de igualdad salvo que se generase un trato arbitrario o una desproporción manifiesta”. Sin embargo, esta Corporación arguyó que, en el caso del FNPSM, se presentaba un vacío en la regulación de los padres docentes que dependen de sus hijos y que no tienen pensión, pero no pueden ser afiliados por él y que ese vacío desconoce el principio de solidaridad con relación a las personas de la tercera edad. En consecuencia ordenó al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio definir la modalidad que permitiera a los padres de los afiliados, que no estuviesen pensionados y dependieran económicamente de sus hijos, acceder al servicio de salud del magisterio en calidad de cotizantes dependientes. Sobre el particular, la Corte estableció:

“se justifica la creación de la figura de los cotizantes dependientes en el régimen especial del FNPSM en la medida que, como lo ha sostenido esta Corporación en recientes fallos, los padres de los docentes (que dependían económicamente de sus hijos y no estaban pensionados) veían cercenada la posibilidad de acceder al sistema de seguridad social en salud, toda vez que, al no contar con una fuente de ingresos, no podían acceder al régimen contributivo, y, al contar con una persona que se hace cargo de su manutención, no estaban en una condición de pobreza que les permitiera ingresar al régimen subsidiado.”[13]

13.- En cumplimiento de la orden impartida, en el año 2006[14] el Consejo Directivo incorporó la figura de los cotizantes dependientes en el régimen de salud del FNPSM. Así, en casos idénticos revisados por esta Corte se ha ordenado dar cumplimiento al Acuerdo No. 3 de 2006 conforme al cual los padres de los educadores deben ser vinculados al FNPSM como cotizantes dependientes.

14.- Insistiendo en la argumentación del precedente anterior, este Tribunal asumió el conocimiento de una segunda controversia relacionada con la situación de los nietos y nietas de los educadores afiliados al FNPSM a los cuales no se les permitía su afiliación como beneficiarios (as) de sus abuelos debido a que no hacían parte de su grupo familiar.

Fue así como en la sentencia T-613 de 2007 se revisó el caso de una docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien le correspondió hacerse cargo de su nieta, debido a que su hija se encontraba desempleada y no contaba con los recursos necesarios para asumir su cuidado. En esta ocasión la actora señaló que su hija, mediante acuerdo de conciliación, le había concedido la custodia de la menor y que por esta razón necesitaba afiliar a su nieta como beneficiara para que se le hicieran extensivos los beneficios del sistema de salud.

En esta oportunidad, se estableció que “la única alternativa viable que le permite ser destinataria de un plan de servicios de salud es la aplicación analógica de la figura de los cotizantes dependientes prevista en el sistema general (artículo 40 del Decreto 806 de 1998), y que fue incluida en el régimen del Magisterio en el caso de los padres de los docentes que no estuviesen pensionados y dependieran de sus hijos”.

15.- Ahora bien, esta interpretación no significa una modificación del marco normativo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que define el grupo de beneficiarios de los docentes, sino, una aplicación analógica de la figura prevista en el régimen general e incorporada en las disposiciones especiales del FNPSM que permite amparar los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social de los menores atendiendo a su interés superior.

El interés superior del menor y la especial protección del derecho fundamental a la salud de los niños y las niñas.

16.- En Colombia, por expreso mandato constitucional, el derecho irrenunciable a la seguridad social “se garantiza a todos los habitantes”[15], por tal razón, nadie podrá ser excluido de este derecho “salvo que una sentencia judicial, constitucional y razonablemente lo determine”[16]. Respecto de los niños y las niñas, el artículo 44 constitucional consagró los derechos a la seguridad social y a la salud de los menores como derechos fundamentales. De este modo, la protección integral de sus derechos debe hacerse efectiva

a través del principio del interés superior de los niños, consagrado por el constituyente en esa misma disposición, y según el cual “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Debido a la condición de vulnerabilidad de los menores y a su necesidad de especial cuidado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que aquéllos tienen estatus de sujetos de especial protección constitucional[17] por ser una “población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación”[18]. Lo anterior ha permitido la salvaguarda y promoción de sus derechos en situaciones concretas, donde el Estado, la sociedad y la familia deben concurrir para promover los mismos.

17.- Sin embargo el alcance de estos derechos, conforme al mandato del inciso 2 del artículo 93[19], no se agota en la letra de la Constitución, sino que se extiende hasta aquello que resulte de su interpretación conforme con los distintos tratados internacionales. Verbi gratia, para la definición del derecho a la salud de los menores deberá partirse del marco internacional, constitucional y legal de disposiciones en las que se ordena darles un trato preferente en situaciones que involucren la garantía de ese derecho.

18.- Pues bien, este principio del interés superior de los niños también se encuentra incorporado en la Convención de los Derechos del Niño[20] (artículo 3.1), al señalar ésta que en “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño[21], órgano de interpretación autorizado de la Convención en mención, señaló en su Observación General No. 5 que “los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente”.

Así mismo, la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993, confirmó de manera clara este principio, vinculándolo además al de la prohibición de discriminación, al señalar que “la no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados”[22]. (subrayas fuera del texto original)

19.- Sin embargo, si bien la Convención hace referencia al mismo en el Preámbulo y en los artículos 3.1, 9.1, 9.3, 18, 20, 21, 37 y 40, no define con precisión qué se debe entender por interés superior del niño. En este sentido, ha sido rol de la doctrina conceptualizar y establecer los límites y alcances del mismo. Así, como una aproximación al concepto, BAEZA CONCHA establece que el interés superior del niño es “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”.[23]

20.- Por otra parte, tratándose de la garantía del derecho fundamental a la salud de los menores, los Estados Partes de la Convención reconocieron “el derecho de los menores al disfrute del más alto nivel posible de salud” (Artículo 24). De este modo, se comprometieron a asegurar la plena aplicación de este derecho y a adoptar medidas apropiadas para asegurar la prestación de la asistencia sanitaria necesaria a todos los niños.

21.- Sobre el particular, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano de interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reafirmó en su Observación General No. 14 sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” que “la consideración primordial en todos los programas y políticas con miras a garantizar el derecho a la salud del niño y el adolescente será el interés superior del niño y el adolescente”.

22.- En definitiva, lo que se propone con la idea rectora o con el principio del interés superior del niño es, justamente, que la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. Se trata de un principio que condiciona el actuar de las personas y de las instituciones estatales y privadas al momento de la toma de decisiones en las que puedan verse afectados los niños o las niñas, ordenando valorar sus intereses como superiores[24]. En otras palabras, es el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos

los derechos humanos de los menores.[25].

Bajo esta lógica es que la jurisprudencia de esta Corporación, al interpretar el cuerpo normativo que regula la garantía de los derechos de los niños, ha concluido que en todos los casos relacionados con la protección de sus derechos, “el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor.”[26]

El deber de las autoridades públicas y privadas de valorar el interés superior del menor al aplicar las normas que regulan la prestación de los servicios de salud. La exclusión del sistema de los menores afiliados como beneficiarios de sus abuelos.

23.- Luego de las anteriores aproximaciones, resulta oportuno preguntarse con el fin de analizar el problema jurídico del caso sub examine ¿Cómo se traduce el principio de interés superior de los niños en la garantía de su derecho fundamental a la salud?

24.- Pues bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que las garantías constitucionales como la salud y la seguridad social, en el caso de los menores, deben ser ampliadas, pues la responsabilidad de proteger sus derechos fundamentales está en cabeza no sólo de la familia, sino también del Estado y la sociedad. Por esta razón, las entidades públicas y privadas, más cuando están a cargo de la prestación de un servicio público esencial como el de la salud, están comprometidas con la garantía de tales derechos, por lo que “todas sus actuaciones deben estar guiadas por el interés superior del menor”[27].

25.- Bajo esta lógica se ha sostenido por la Corte que deberá prevalecer el derecho fundamental a la salud de niñas y niños sobre requerimientos de carácter administrativo impuesto por Entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud[28]. Así, en sentencia T-227 de 2006, se consideró que supeditar el derecho fundamental de una niña, cuyos derechos fundamentales son prevalentes, a un mero trámite administrativo ante un Comité Técnico Científico, soslayaba el principio de interés superior del menor.

26.- De otra parte, en sentencia T-405 de 2006, la Corte se pronunció sobre el deber de una Entidad Promotora de Salud de proporcionar a una niña de 5 años, los elementos necesarios para el tratamiento de la enfermedad de diabetes que padecía. En esta ocasión, estimó que “cuando los niños se encuentran en alto riesgo, la atención del Estado hacia los menores

debe ser aún más expedita.”

27.- Sin embargo, y en virtud de este mismo principio, el derecho a la salud de los menores es fundamental y autónomo, motivo por el cual, para que proceda su protección por esta vía, no es necesario demostrar que la afectación del derecho a la salud del menor amenaza, como en el caso anterior, el derecho fundamental a la vida o integridad del menor[29].

De esta forma, la garantía efectiva del derecho en cuestión de los niños y las niñas no solo se materializa en la prestación efectiva de un servicio o tratamiento médico que se necesite, sino que depende también del acceso al servicio público de salud, es decir, de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud o a alguno de los subsistemas contemplados en la legislación.

En tal sentido, el derecho a la salud de un menor puede considerarse vulnerado, sin importar que no exista una patología que tratar, pues el simple hecho de no encontrarse el sujeto de especial protección incluido en un sistema que le permita contar en forma oportuna con los servicios de salud frente a cualquier enfermedad que pueda presentarse, “constituye en sí misma una vulneración no sólo del derecho a la seguridad social, sino también del derecho a la salud, de acuerdo con la lectura que se deriva de los instrumentos internacionales antes mencionados”[30].

28.- De otra parte, en la sentencia T-585 de 2007, la Corte conoció el caso de una menor de edad que padeciendo una hernia umbilical, no pudo recibir la atención médica que necesitaba debido a que la EPS Cafesalud no le permitió la afiliación al sistema, como beneficiaria de su abuelo, señalando que “para la niña poder acceder al sistema, él [abuelo] deb[ía] afiliarse “como independiente con un costo aproximado mensual” de \$91.000, o afiliarse la madre como cotizante y la niña como beneficiaria, pagando \$53.000.”. En este asunto, el abuelo y la madre de la menor señalaron que no contaban con recursos para poder realizar la afiliación de dicha forma, que tampoco contaban con el apoyo económico del padre de la niña y que tanto la nieta como la hija dependían económicamente del abuelo.

En esta sentencia, sobre la atención en salud a los nietos de afiliados cotizantes en el régimen contributivo de seguridad social, la Corte reiteró la posición asumida por la sentencia T-1199 de 2005:

“Así, pues, se ha señalado de manera enfática que la atención integral en salud del recién nacido por cuenta de las instituciones que hacen parte del sistema general de seguridad social en salud (EPS, ARS e IPS) no puede condicionarse al cumplimiento de los requisitos relacionados con la vinculación directa o indirecta de éste a determinado grupo familiar. Al respecto, se afirmó que ‘el Sistema de Seguridad Social ampara la salud integral de todos los niños, durante el primer año de vida, desde su concepción, y no únicamente la de aquéllos que pertenecen a un determinado grupo familiar o cuentan con el apoyo de alguno’. Esta afirmación no comporta sin embargo la posibilidad de desconocer las condiciones de acceso a cada uno de los regímenes en particular.”

29- En la sentencia T-1199 de 2001, este Tribunal conoció del caso de una niña de diez años a quien la EPS, que había estado encargada de la prestación del servicio de salud por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la atendió durante 4 años en calidad de beneficiaria reconocida de su padrastro. Pero, al pasar la prestación del servicio a otra EPS, unilateralmente se le suspendió la atención porque, en su sentir, dicha niña no integraba el grupo familiar protegido como beneficiario.

En esta oportunidad, atendiendo al principio de la confianza legítima, se decidió la vinculación de la hijastra del actor al sistema de seguridad social en salud “aun aceptando que el “hijastro” no es beneficiario de un sistema especial de seguridad social en salud”.

También reiteró la Corte lo dispuesto en la sentencia T-586 de 1999 en cuanto se refiere a los hijos de relaciones anteriores que se aportan a una nueva familia que se constituye, señalando que para que el hijo que se aporta pueda ser vinculado en calidad de beneficiario “basta[rá] entonces que el afiliado[a] cotizante [padrastro o madrastra] pruebe que esos hijos aportados a la nueva familia por su compañero[a] permanente hacen parte de la familia, son menores, discapacitados o estudian, para que el amparo familiar de la seguridad social les cobije.”

30.- La Corte también revisó el caso de una usuaria afiliada a COMPENSAR EPS a quien, en su calidad de cotizante, le fue negada la afiliación de su nieta como su beneficiaria aduciendo que la misma, de acuerdo con la ley, no hacía parte de su grupo familiar.

Este asunto fue resuelto mediante sentencia T-1093 de 2007, en la que se decidió ordenar a la EPS la afiliación de la menor en calidad de cotizante dependiente de su abuela, sin

exigirle para el efecto el pago de las prestaciones de tipo económico ni las garantías previstas por las normas que regulan este tipo de vinculación, hasta tanto la menor “modifique su calidad de beneficiaria por la de cotizante en el régimen contributivo o ingrese al régimen subsidiado de seguridad social en salud.”

40- De igual modo, en la sentencia T-907 de 2004, este Tribunal se pronunció sobre la negativa de la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares de afiliar al sistema de salud a un menor de edad como beneficiario de su abuela a quien le había sido otorgada su custodia y cuidado personal.

Sobre el particular se dijo expresamente que era deber de las autoridades relacionadas con la prestación de servicios de salud, tener en cuenta en todos los casos que involucraran niños y/o niñas “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”.

41.- En conclusión, la Corte ha establecido que la inobservancia del principio del interés superior del menor por parte de las autoridades públicas encargadas de hacer efectiva la prestación de los servicios de salud de un niño o niña, deberá ser considerada como un desconocimiento de las normas internacionales, constitucionales y legales que regulan la materia. Así, por ejemplo, el acto de desafiliación de un menor sin que éste hubiese sido afiliado bajo alguna otra calidad al sistema general o algún otro subsistema, en el régimen contributivo o subsidiado, constituye claramente una vulneración del derecho fundamental a la salud de los niños y las niñas.

Análisis del caso concreto

42.- En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, Xiomara Alicia Guzmán Mejía, como agente oficiosa de su nieta, la menor Bianka Bocanegra Badillo David, solicita se protejan los derechos a la salud, la vida, la igualdad y la seguridad social de la misma, los cuales, a su juicio, han sido vulnerados por la conducta de las demandadas al no afiliar a su nieta como beneficiaria suya con el argumento de que no pertenece a su grupo familiar.

43.- La solicitante aduce que es mujer cabeza de familia ya que tiene a su cargo a Bianka, su nieta, pues le fue entregada su custodia en conciliación llevada a cabo ante el ICBF con su hija de 21 años, Yirca Badillo Guzmán[31]. Así mismo, sostiene que su hija actualmente se encuentra desempleada, razón por la cual no cuenta con los recursos necesarios para afiliarse al sistema para poder afiliar a su hija menor. Además, indica que sus deudas, los costos de manutención de su nieta y suyos, los gastos en el tratamiento médico para sobrellevar afecciones en la salud, en conjunto, le impiden asumir un gasto adicional para la afiliación de la menor al sistema.

44.- En cuanto a la procedibilidad de la acción, como se indicó en el fundamento No. 6 de esta providencia, la señora Guzmán Mejía sí se encontraba legitimada para interponer la acción de tutela como agente oficiosa de su nieta, en razón a que la menor de 3 años no está aún en capacidad de asumir la defensa de sus derechos. Además, su agencia responde al principio de solidaridad conforme al cual, no solo la sociedad y el Estado, sino también la familia tienen la obligación de procurar el desarrollo integral de los niños y las niñas y de asegurar el goce de sus derechos (artículo 42 CP), y ella, por contar con la custodia de la menor, debe procurar cumplir dicho deber.

45.- Por las anteriores razones, y agregando que existe una evidente relevancia constitucional del presente caso pues se trata de la garantía de los derechos de una menor como sujeto de especial protección constitucional, la Sala considera que el presente amparo es procedente.

46.- Una vez se ha establecido la procedencia de la acción de tutela para la garantía del derecho a la salud de la menor, corresponde entrar a determinar si el FNPSM, la Fiduciaria LA PREVISORA S.A. y la EPS Unión Temporal del Norte de Santa Marta, vulneraron los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de la menor Bianka Bocanegra Badillo al negarse a inscribirla en el Subsistema de Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como beneficiaria de su abuela, la Sra. Xiomara Alicia Guzmán Mejía, aduciendo que la misma no hacía parte del grupo familiar que se permite afiliar como beneficiario.

En aplicación de este principio, y como se dijo en líneas anteriores, la Corte Constitucional ha establecido que tratándose del derecho a la salud de un menor, las hipótesis de

vulneración se amplían pudiéndose considerar vulnerado éste sin importar que el menor no se encuentre padeciendo una patología determinada. De este modo, el simple hecho de no encontrarse el sujeto de especial protección incluido en un sistema que le permita contar de forma oportuna con los servicios de salud, deberá ser considerado en si mismo, una vulneración del derecho a la salud de los niños.

Para el presente asunto, la Sala pudo constatar que si bien la menor no presenta afecciones en su salud que requieran tratamiento médico, en este momento, no se encuentra vinculada a un sistema de seguridad social en salud que le brinde la atención y prevención adecuada de las patologías que pueda llegar a sufrir. Lo anterior por cuanto la Fiduciaria La Previsora condicionó la afiliación de la menor como beneficiaria de su abuela a que ésta última, dentro del término de 4 meses, procediera a realizar los trámites para la adopción de la niña (folio 28 del cuaderno de la Corte). Y así, una vez verificaron que la actora no presentó la documentación requerida, procedieron a generar la novedad de retiro del sistema.

Lo anterior decisión de la Fiduciaria La Previsora, a juicio de la Sala, constituye una evidente vulneración del derecho fundamental de los menores al más alto nivel posible de salud, por cuanto deja a la menor Bianca Bocanegra en un estado de desamparo en relación con la prestación de los servicios médico – asistenciales a los que tiene derecho. Además, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que los funcionarios encargados de aplicar las normas relativas a la prestación de los servicios de salud, deberán siempre seguir, como principio orientador de sus decisiones, el interés prevaleciente y superior del menor[32], y esta decisión en extremo formalista no puede ser considerada como de aquellas que respetan dicho principio.

48.- De este modo, una vez se ha establecido que la menor no se encuentra afiliada a ningún régimen de salud es pertinente examinar, según las condiciones particulares del caso, cuál es la alternativa de vinculación al sistema de seguridad social a través de la cual debe procurarse la garantía de los derechos fundamentales de la niña Bianca Bocanegra Badillo.

La Corte Constitucional ha establecido que para garantizar el derecho a la salud y la seguridad social de los niños y las niñas, no es suficiente prevenir a las entidades

encargadas de los servicios de salud para que brinden la atención necesaria, sino que adicionalmente se requiere “establecer la condición en la cual se encuentra vinculado el menor al sistema de seguridad social en salud entre las diferentes alternativas que existen de acuerdo con la configuración legal y reglamentaria del sistema.”[33]

En este asunto, y como se planteó en un caso análogo en sus supuestos fácticos[34], la menor se encuentra imposibilitada para ingresar al sistema contributivo por no disponer de capacidad económica. Tampoco puede alcanzar la condición de beneficiaria de algún otro familiar, pues su madre Yirca Yareth Badillo se encuentra desempleada y su abuela, quien se hace responsable de los cuidados de la menor, está afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, subsistema que no permite afiliar a los nietos como beneficiarios de sus abuelos afiliados.

De otra parte, dado que la menor se encuentra bajo la custodia de la abuela, en virtud de Acta de Conciliación ante el ICBF (folio 4 del cuaderno principal), quien asume sus gastos y manutención, no puede afirmarse tampoco que ésta viva en condiciones de vulnerabilidad o pobreza que le permitan acceder al régimen subsidiado de seguridad social en salud.

Pues bien, observa la Sala que no existe claridad sobre la forma en que la menor pueda ser vinculada al sistema de salud atendiendo a sus condiciones particulares y a lo dispuesto por la normatividad que regula la materia. Esta situación a la cual no responde con claridad la normatividad y los Acuerdos del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, fue analizada para resolver un caso similar al que se revisa, en la sentencia T-613 de 2007, la cual fue citada precedentemente.

En esta ocasión, la Corte decidió que los menores nietos de los afiliados al subsistema de salud de los docentes, tenían dos alternativas: ser afiliados como beneficiarios o como cotizantes dependientes de sus abuelos.

La primera hipótesis, se daría solo en aquellos casos en que la relación entre la abuela y su nieta pudiera asimilarse a la relación madre-hija. Es decir, aquellos casos en que los abuelos han ejercido el rol de padres “en cuanto a todas las obligaciones de índole económico, formativo y afectivo de su nieto”[35]. Este es el caso de la sentencia T-907 de 2004, en la cual, si bien no se amplió el régimen de beneficiarios, se ordenó la afiliación del nieto como beneficiario de su abuela, quién había asumido su cuidado desde su nacimiento.

La segunda hipótesis, que se presenta el presente caso como la única alternativa viable, es aplicación analógica de la figura de los cotizantes dependientes prevista en el sistema general (artículo 40 del Decreto 806 de 1998). Fue precisamente ésta, la solución adoptada por la sentencia T-613 de 2007 al establecer que “no se observa, más allá del sostenimiento económico, que la abuela cumpla un rol materno que justifique que la menor deba ser incluida como beneficiaria”. Tampoco se observa que la custodia de la menor haya obedecido a motivos de protección especial diferentes a la manutención que no puede asumir su madre, Yirca Yareth Badillo.

Esta es precisamente la hipótesis que se plantea en este asunto, pues se encuentra probado en el expediente que la madre de la menor sigue visitándola en su domicilio “para fortalecer los lazos afectivos”[36] y que la conciliación de la custodia se dio por razones de capacidad económica exclusivamente.

49- Por esta razón, en virtud de los principios constitucionales de universalidad y solidaridad que rigen el Sistema de Seguridad Social y ordenan a todos los asociados garantizar el acceso de los menores al sistema de salud, se aplicará para este caso la figura de los cotizantes dependientes, a fin de que la menor Bianka Bocanegra Badillo pueda ser afiliada al FNPSM en tal calidad.

50.- Sin embargo, diversos elementos probatorios que obran en el expediente demuestran la falta de capacidad económica de la actora para asumir el valor de una Unidad de Pago por Capitación UPC adicional para la vinculación de su nieta al sistema[37].

En el escrito de tutela[38] y en la declaración extraproceso que recibió este despacho[39], la actora señaló bajo la gravedad del juramento que actualmente se encuentra sometida a tratamiento médico para el cáncer de seno, situación que le genera gastos adicionales y que además, cuenta con algunas deudas con el Banco Popular y la Cooperativa de Educadores del Magdalena, por lo que sus gastos personales y los de Bianka, consumen sus ingresos mensuales impidiéndole asumir un costo adicional para la afiliación de su nieta al sistema de salud. Así, entre los gastos que asume la abuela de la menor se encuentran también, según su declaración, los relativos a “alimentos, estudio, ropa, recreación, medicina, vivienda”[40] de la menor y servicios públicos del hogar, los cuales debe sufragar con su salario pues vive solamente con la menor.

Por este motivo, del mismo modo en que se ordenó en la sentencia T-1093 de 2007, para un caso similar, se ordenará a las demandadas la vinculación de la menor como cotizante dependiente de su abuela cotizante, sin exigirle para el efecto el pago de ninguna prestación de tipo económico ni de las garantías previstas por las normas que regulan este tipo de vinculación, hasta tanto la menor no sea afiliada, como beneficiaria o cotizante, a alguno de los regímenes de seguridad social en salud.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, y en su lugar CONCEDER la garantía del derecho a la salud y seguridad social de la menor BIANKA BOCANEGRA BADILLO.

Segundo.- ORDENAR al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a la Fiduciaria LA PREVISORA S.A., y a la la EPS Unión Temporal del Norte en Santa Marta que, en lo que les corresponda según sus competencias, afilien a la menor BIANKA BOCANEGRA BADILLO en calidad de cotizante dependiente de la Sra. Xiomara Alicia Guzmán Mejía, sin exigirle para el efecto el pago de ninguna prestación de tipo económico, hasta tanto la menor no sea afiliada, como beneficiaria o cotizante, a alguno de los regímenes de seguridad social en salud.

Tercero.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARIA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Folio 6 del cuaderno principal (Registro Civil de Nacimiento de la menor Bianka Bocanegra Badillo).

[2] Folio 15 del cuaderno de la Corte (Declaración extraproceso de Xiomara Guzmán Mejía).

[3] Folio 16 del cuaderno principal.

[4] “Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”. (negrilla fuera de texto).

[5] Ver, entre otras, la sentencia T-531 de 2002.

[6] Ver, entre otras, la sentencia T-348 de 2006.

[7] Ver, entre otras, sentencia T-471 de 2005.

[8] Conforme al artículo 1º del Decreto 3752 de 2003, que reglamenta los artículos 81 de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001, el actual administrador de los recursos de este Fondo es la Fiduciaria LA PREVISORA S.A.

[9] Acuerdo No. 04 y 13 de 2004 del Consejo Directivo del FNPSM.

[10] Decreto 806 de 1998. Artículo 40. Otros miembros dependientes. “Cuando un afiliado cotizante tenga otras personas diferentes a las establecidas anteriormente, que dependan económicamente de él y que sean menores de 12 años o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, podrán incluirlos en el grupo familiar, siempre y cuando pague un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente según la edad y el género de la persona adicional inscrita en el grupo familiar, establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En todo caso el afiliado cotizante deberá garantizar como mínimo un año de afiliación del miembro dependiente y en consecuencia la cancelación de la UPC correspondiente....”

[11] Sentencia T-613 de 2007.

[12] Sentencias T-015 de 2006, T-153 de 2006, T-267 de 2006, T-594 de 2006 y T-613 de 2007.

[13] Sentencia T-613 de 2007.

[15] Artículo 48 C.P.

[16] T-618/2000

[17] Ver sentencias T-307 de 2006, T-754 de 2005, T-907 de 2004, T-143 de 1999.

[18] Sentencia C-172 de 2004.

[19] El artículo 93.2 señala “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

[20] Adoptada en Colombia mediante Ley 12 de 1991.

[21] COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “OBSERVACIÓN GENERAL Nº 5 (2003) Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)” Distr. GENERAL CRC/GC/2003/5 27 de noviembre de 2003 ESPAÑOL. 34º período de sesiones 19 de septiembre a 3 de octubre de 2003.

[22] Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de

Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, doc. A/CONF.157/23 12 de julio de 1993, par. 21.

[23] BAEZA CONCHA, Gloria: “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 28, núm. 2, p. 356.

[24] Sentencia T-227 de 2006.

[25] Artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006)

[26] Sentencia T-907 de 2004.

[27] Sentencia T-1035 de 2010.

[28] Sentencia T-227 de 2006.

[29] [29] Sentencias T-185 de 2006, T-152 de 2006, T-101 de 2006, T-754 de 2005 y T-762 de 2005, entre otras.

[30] Sentencia T-1093 de 2007.

[31] Acta de conciliación No. 219 del 10 de octubre de 2012 diligenciada por el ICBF (Folio 4 del cuaderno principal).

[32] Sentencia T-907 de 2004.

[33] Sentencia T-1093 de 2007.

[34] Sentencia T-613 de 2007 que revisó el caso de una docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien le correspondió hacerse cargo de su nieta, cuya custodia le fue transferida por su hija (madre de la nieta) debido a que ésta se encontraba desempleada y no contaba con los recursos necesarios para asumir su cuidado. En esta oportunidad, la abuela de la menor solicita que su nieta sea afiliada en calidad de beneficiaria suya.

[35] Sentencia T-613 de 2007.

[36] Folio 17 del cuaderno de la Corte.

[37]

[38] Folio 1 y 2 del cuaderno principal

[39] Folio 15, cuaderno de la Corte

[40] *Ibíd.*