

Sentencia T-325/16

AGENCIA OFICIOSA EN CASOS DE MENORES DE EDAD-Procedencia y no aplicación de rigorismo procesal en cuanto a manifestación de no estar en condiciones de promover su propia defensa

ACCION DE TUTELA EN CASOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS DE MENORES DE EDAD-Reglas de procedencia

Este Tribunal ha señalado que los jueces de tutela tienen una obligación general frente a la procedencia de esta acción. Así, éstos deben tener en cuenta que se trata de un mecanismo sumario y preferente creado para la protección de los derechos fundamentales, que se identifica por tener un carácter residual o supletorio. De esta manera, en primer término, se deben preservar las competencias atribuidas por el Legislador a las diferentes autoridades judiciales a partir de los procedimientos ordinarios contemplados por la Ley. Por esta razón, este recurso de amparo constitucional es un recurso alternativo y complementario de las diferentes acciones judiciales, si éstas últimas resultan ineficaces para salvaguardar un derecho fundamental o se está frente a un perjuicio irremediable. Por eso, el análisis de procedencia también implica que el juez deba determinar la gravedad del perjuicio, lo que lo obliga a precisar si es inminente, grave o que requiere de medidas urgentes e impostergables. Entonces, frente a esta obligación general el juez debe: (i) establecer si se está frente a una controversia asociada a un derecho fundamental protegido constitucionalmente o si existe un riesgo de que se vaya a actuar en detrimento del mismo; (ii) verificar que dicho riesgo sea inminente y grave, por lo que debe atenderse de manera inmediata; y (iii) comprobar que no existe otro remedio judicial o que el ordinario no es un medio adecuado o idóneo de defensa para el caso concreto, o que si lo es la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

DERECHO A LA SALUD-Alcance y contenido

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Accesibilidad como requisito inherente al ejercicio efectivo de este derecho

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Responsabilidad de los padres, o guardianes legales que ejercen la custodia, y las autoridades públicas

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS AL CUIDADO Y AMOR-Deber en el ejercicio de la responsabilidad paternal

La decisión de ser padre y madre tiene implicaciones directas en la sociedad, en la familia como institución reconocida por la Constitución a través del artículo 42 y su referencia expresa a las obligaciones derivadas de la maternidad y la paternidad. Las mismas, se ven agrupadas bajo el concepto de patria potestad, o el conjunto de derechos que la ley civil le reconoce a los padres sobre sus hijos para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone lo que implica un alto grado de compromiso y responsabilidad. De la misma manera, la Ley de Infancia y Adolescencia, en su artículo 14, define la responsabilidad paternal como una obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye, especialmente, la obligación para quien ostenta esta función de garantizar que los menores de edad logren el máximo grado de satisfacción de sus derechos fundamentales. En el mismo sentido, el artículo 23 del mencionado Estatuto, señala con claridad que los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a que sus padres, o a quienes conviven con ellos en su ámbito familiar, en forma permanente y solidaria, asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral.

PROTECCION CONSTITUCIONAL A LA FAMILIA DIVERSA-Reconocimiento jurídico a los padres de crianza

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Vulneración por EPS al negar a menor de edad, afiliación al sistema contributivo de salud como beneficiario de madre de crianza

La Sala encuentra que la interpretación aplicada por la accionada de las normas que definen el carácter de beneficiario al régimen contributivo resultan contrarias a la Constitución ya que equivaldría a desconocer las garantías de accesibilidad del derecho a la salud, en la medida en que limita el grado máximo de bienestar que merece el menor de edad y, la protección a tener una familia y ser cuidado por ella y terminar por constituir un obstáculo en el ejercicio de las obligaciones de cuidado derivadas de la responsabilidad

paternal y la custodia. En ese sentido, la Sala debe precisar que, si bien el menor está adscrito al sistema de salud a través del régimen subsidiado lo cierto es que, tiene el derecho de estar vinculado como beneficiario de su madre de crianza al régimen contributivo, como quiera que ésta ejerce la autoridad maternal y tiene la calidad de guardiana del menor de edad.

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DEL MENOR-Orden a EPS afilie, en calidad de beneficiario de madre de crianza, a menor sin que genere pago de la Unidad de Pago por Capitación adicional

Referencia: expediente T-5.432.184

Asunto: Acción de tutela instaurada por la señora Carolina Giraldo Garay contra Servicio Occidental de Salud EPS.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., veintidós (22) de junio de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo dictado en única instancia el 3 de noviembre de 2015, por el Juzgado 27 Penal Municipal de Cali, dentro del proceso de acción de tutela promovido por la señora Carolina Giraldo Garay contra Servicio Occidental de Salud EPS.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión de la Secretaría del Juzgado 27 Penal Municipal de Cali, en cumplimiento de los artículos 86 de la Constitución Política y 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991. En auto del 31 de marzo de 2016, la Sala de Selección Número

Tres de esta Corporación escogió la presente tutela para su revisión.

I. ANTECEDENTES

Carolina Giraldo Garay, actuando como agente oficiosa del niño Atticus[1], presentó acción de tutela[2] el 21 de octubre de 2015 en contra de Servicio Occidental de Salud EPS. La peticionaria consideró que la entidad demandada vulneró el derecho fundamental a la salud del menor de edad. Particularmente, la accionante sostuvo que la vulneración se generó por la decisión de la EPS de no aceptar a Atticus, pues sobre él tiene la custodia provisional por resolución del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), como su beneficiario en el régimen contributivo del sistema general de salud, en tanto que es su primo hermano.

1. Hechos relevantes

1. El 19 de octubre de 2010, cuando el menor Atticus tenía nueve meses de edad[3], el ICBF lo declaró en estado de vulnerabilidad[4] al encontrar probado que para ese momento estaba residiendo con la peticionaria y no con su madre biológica quien desde su nacimiento no convivía con él. En el mismo acto administrativo, el Defensor de Familia le concedió a la señora Giraldo Garay, prima hermana del menor, la custodia provisional del niño, acto que ha sido renovado cada seis meses hasta la fecha. Posteriormente, mediante Resolución 171 del 24 de noviembre de 2011 el ICBF aprobó una conciliación entre la actora y la señora Elizabeth Garay Méndez, madre biológica de Atticus, donde se acordó mantener la cesión de la custodia provisional y establecer un régimen de visitas con acompañamiento de la actora[5].

2. La accionante indicó que el 27 de agosto de 2015 presentó una solicitud escrita ante la EPS accionada para incluir a Atticus como beneficiario suyo en el régimen contributivo del sistema general de salud[6]. Posteriormente, señaló que la entidad se negó a realizar dicho trámite el 22 de septiembre del mismo año, alegando que el menor de edad solo podía ser incluido dentro del régimen contributivo como cotizante dependiente ya que no cumplía con los requisitos legales para ser reconocido como su beneficiario[7].

Por estos motivos, acudió entonces a la acción de tutela al considerar que la actuación de la EPS desconoció el derecho fundamental a la salud del menor de edad.

2. Actuación procesal y respuestas de las entidades demandadas

El Juzgado 27 Penal Municipal de Cali conoció de la tutela en única instancia. Por medio de auto del 22 de octubre de 2015, ordenó la notificación de la tutela a la EPS accionada. De la misma manera, procedió a vincular al Ministerio de Protección Social. En la misma providencia, le otorgó a todas las partes accionadas un plazo de dos (2) días para que presentaran una respuesta a la tutela o allegaran información adicional que pudiera ser relevante para el examen del caso concreto.

A. Servicio Occidental de Salud EPS

B. Ministerio de Protección Social

El Director Jurídico del Ministerio de Protección Social[10], solicitó que se declarara la improcedencia de la tutela en lo que respecta a la responsabilidad de dicha entidad. Después de transcribir varias normas reglamentarias, señaló que le corresponde a la EPS accionada, dentro de las obligaciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantizar la regularidad y movilidad en el servicio para el afiliado. Así, indicó que este tipo de entidades no pueden negar los traslados entre regímenes a menos de que exista un impedimento legal para realizarlo. Por último, adjuntó a su respuesta un reporte de afiliación de Atticus donde consta que se encuentra afiliado al régimen subsidiado de salud a través de la entidad Emssanar EPS-S en calidad de beneficiario de su madre biológica.

3. Decisión objeto de revisión

El Juzgado 27 Penal Municipal de Cali, en sentencia del 3 de noviembre de 2015, negó la acción de tutela invocada por la señora Giraldo Gary. Para sustentar su decisión, el juez argumentó que: (i) la Ley 100 de 1993 establece las reglas de cobertura familiar para efectos de afiliaciones en calidad de beneficiarios, sin embargo en el caso de la peticionaria no se cumplen ya que solamente cuenta con la custodia provisional del menor de edad Atticus y la norma pertinente se refiere a casos donde se decrete la pérdida de la patria potestad o exista una definición permanente sobre la custodia legal; (ii) en ese sentido, la normatividad señala que solo hasta los parientes en tercer grado de consanguinidad pueden acceder a las coberturas que ofrece el Plan Obligatorio de Salud, siempre y cuando se

asuma el pago de un aporte adicional correspondiente al valor de la Unidad de Pago por Capitación; y (iii) la actora no hizo alusión alguna frente a una posible incapacidad económica para cancelar el valor de la UPC por lo que se debe inferir que cuenta con los recursos suficientes para asumir dicho pago.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Corresponde a la Corte Constitucional analizar, a través de esta Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Actuaciones previas realizadas por la Corte Constitucional

2. Ante la necesidad de obtener información suficiente para mejor proveer, mediante auto del 16 de mayo de 2016 la Sala decretó pruebas –a partir de las competencias concedidas en el artículo 170 del Código General del Proceso[11] y en el Reglamento Interno de la Corporación[12]- con el objetivo de realizar un análisis completo del presente caso. En ese sentido, se ofició al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que en un término no mayor a tres (3) días enviara a este Tribunal información donde: (i) se detallará si, a la fecha, el acuerdo de conciliación de custodia provisional suscrito entre la señora Diana Carolina Giraldo Garay y Elizabeth Garay Méndez, madre biológica del niño Atticus, se mantiene vigente o si el mismo ha sido modificado de cualquier manera; (ii) se precisará si existe un proceso judicial en curso para declarar la pérdida de la patria potestad y determinar de manera definitiva el régimen de custodia del menor de edad; y (ii) se indicará el estado actual de su afiliación al sistema general de seguridad social en salud.

En oficio del 25 de mayo del 2016, la Secretaría General del Tribunal remitió al despacho de la magistrada ponente un memorial allegado por la peticionaria[13]. En el mismo, ésta señala que la madre biológica de Atticus no ha cumplido desde el 2011 los acuerdos contenidos en el proceso de conciliación que se realizó durante el trámite de la custodia provisional ya que “la señora Elizabeth nunca lo visitó y tampoco ha realizado ningún aporte de carácter económico ni moral para con el menor”[14]. En ese sentido, adjuntó una valoración psicológica realizada al menor de edad por un psicólogo del ICBF el 14 de

octubre de 2015 donde se indica que “ha sufrido el abandono total de sus progenitores desde la de edad de nueve (9) meses de nacido. Desde entonces ha sido acogido por su prima (quien) a la fecha ha demostrado ser garante de los derechos fundamentales del niño para su crecimiento y desarrollo (...) siendo proveedora de todo lo que éste ha necesitado”[15]. Igualmente, el reporte señala que Atticus reconoce a la accionante como “su referente materno, a quien se refiere como mamá (y) con quien demuestra estrecho vínculo afectivo (sic)”[16]. Por otro lado, la actora señaló que en la actualidad el niño se encuentra afiliado al régimen subsidiado como beneficiario de su madre biológica a través de Emssanar EPS-S desde el 1 de junio del 2010[17].

Por su parte, mediante oficio del 27 de mayo de 2015, se allegó al despacho de la magistrada ponente el documento de respuesta del ICBF[18]. En primer lugar, la entidad explicó que el 18 de diciembre de 2015 la peticionaria inició un proceso de privación de la patria potestad que fue admitido por el Juzgado Segundo de Familia de Cali. En el proceso, de acuerdo con la información presentada, sólo se han surtido las etapas de notificación y contestación por parte de la madre biológica del menor de edad, sin que a la fecha exista un pronunciamiento de fondo. Asimismo, la entidad allegó una copia del registro del niño en la Base Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social donde se observa que se encuentra afiliado al régimen de salud subsidiado[19].

Asunto bajo revisión y planteamiento de los problemas jurídicos

3. El presente caso se trata de un niño de 6 años que a los 9 meses de nacido, en razón de su situación de abandono, fue declarado en estado de vulnerabilidad. A partir de ese momento, su prima hermana se ha hecho cargo de él y ostenta la custodia provisional por mandato de un Defensor de Familia. La misma ha sido renovada desde el 2010 hasta la fecha de manera continua y sin interrupciones. Igualmente, las valoraciones psicológicas realizadas por el ICBF indican que el menor de edad la identifica como su madre. Por lo tanto, desde hace alrededor de 6 años la tutelante se ha hecho cargo del menor de edad brindándole el cuidado como un hijo. Asimismo, el 18 de diciembre del 2015 fue admitida una demanda de privación de la patria potestad presentada por la peticionaria contra la madre biológica del niño. En dicho proceso la demandada contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones.

La madre de crianza de Atticus solicitó a su EPS que afiliara al niño al régimen contributivo como su beneficiario. Sin embargo, la entidad se negó a aceptar el requerimiento, pues la norma vigente aplicable al caso solo se refiere a menores de edad sobre los cuales exista una decisión definitiva sobre la revocatoria de la patria potestad de sus padres biológicos o que una autoridad competente haya definido su régimen de custodia de manera permanente. Por otra parte, la entidad advirtió que se podía realizar la afiliación en calidad de cotizante dependiente siempre y cuando la actora asumiera el pago de la Unidad de Pago por Capitación. Por su parte, el juez de única instancia que conoció de la tutela negó el amparo al considerar que existía una limitación legal para ese fin y que la actora -quien en su criterio no acreditó una situación material de incapacidad de pago- podía, vincular al niño al régimen contributivo en los términos de la norma.

4. De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, antes de resolver el problema de fondo, deberá verificar si la acción es procedente. Así, desde una perspectiva formal asociada a los requisitos generales de procedencia de las acciones constitucionales debe determinar sí:

¿Procede una acción de tutela presentada por una agente oficiosa que pretende la inclusión de un menor de edad al régimen contributivo como beneficiario de quien ostenta la custodia provisional del mismo?

5. Para el efecto, la Sala reiterará los elementos generales de procedibilidad de la acción de tutela. Así, en primer lugar señalará cuáles son las reglas de la agencia oficiosa como quiera que la peticionaria alega actuar en representación de los intereses del menor de edad Atticus. En segundo lugar, se analizará la aplicación de estas reglas de procedencia cuando se está frente a una controversia asociada a los derechos fundamentales de un menor de edad.

Reglas generales de la agencia oficiosa y la procedencia de la acción de tutela en casos donde se solicita la protección de los derechos fundamentales de un menor de edad. Reiteración jurisprudencial.

Legitimación por activa

6. Toda vez que la peticionaria actúa como agente oficiosa, es necesario verificar si en el

presente caso se cumplen con las condiciones delimitadas por la jurisprudencia para aceptar este tipo de intervenciones. La Corte ha señalado[20] que los elementos de la agencia en materia de tutela son dos, a saber: (i) 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[21]. De allí que, en diversos casos, se hayan considerado improcedentes las acciones de tutela 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 quien ostenta la custodia provisional de Atticus, resulta procedente en la medida en que ésta lo anunció con claridad en su escrito de tutela, se trata de un caso que involucra los derechos de un niño de seis años de edad y que por lo tanto no se encuentra en la capacidad de asumir su propia defensa. Además, como se explicó en los hechos del caso, actualmente la señora Giraldo Garay ostenta la custodia del menor de edad, la cual le fue otorgada a través de un acta de conciliación vigente por el ICBF. Esto, implica una serie de deberes, entre los que se destaca la protección y garantía de los derechos fundamentales de quien es legalmente responsable. En otras palabras, la actora está en la obligación de actuar con diligencia y prontitud para evitar situaciones que pongan en riesgo los derechos de su prohijado, lo que implica presentar las acciones judiciales que considere conveniente para tal fin.

Legitimación por pasiva

En la tutela la actora señala que se encuentra adscrita a la EPS accionada. Asimismo, aporta copia de la respuesta a la petición que presentó solicitando la inclusión del menor de edad como su beneficiario en el régimen contributivo[22] y que se encuentra suscrita por la entidad accionada. Así, para la Sala resulta evidente que se cumplen con los requisitos de legitimación en la causa por pasiva, ya que la accionada es la entidad responsable de garantizar el servicio de salud a la actora y, por lo tanto, de la potencial amenaza o vulneración de los derechos fundamentales del menor de edad involucrado en el presente caso.

Reglas de procedencia de la acción de tutela en casos que involucren derechos de los menores de edad

7. El artículo 86[23] de la Constitución Política -refrendado por las normas procesales de la tutela[24]- establece que esta acción constitucional procede como un mecanismo para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Sin embargo, la misma regla constitucional establece un claro límite a la procedencia de la acción, al señalar que ésta solo será admisible cuando: (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo en los casos donde la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; o cuando (ii) el medio judicial no sea adecuado o idóneo.

Ahora bien, este Tribunal, en repetidas ocasiones[25], ha señalado que los jueces de tutela tienen una obligación general frente a la procedencia de esta acción. Así, éstos deben tener

en cuenta que se trata de un mecanismo sumario y preferente creado para la protección de los derechos fundamentales, que se identifica por tener un carácter residual o supletorio. De esta manera, en primer término, se deben preservar las competencias atribuidas por el Legislador a las diferentes autoridades judiciales a partir de los procedimientos ordinarios contemplados por la Ley. Por esta razón, este recurso de amparo constitucional es un recurso alternativo y complementario de las diferentes acciones judiciales, si éstas últimas resultan ineficaces para salvaguardar un derecho fundamental o se está frente a un perjuicio irremediable. Por eso, el análisis de procedencia también implica que el juez deba determinar la gravedad del perjuicio, lo que lo obliga a precisar si es inminente, grave o que requiere de medidas urgentes e impostergables[26].

Entonces, frente a esta obligación general el juez debe: (i) establecer si se está frente a una controversia asociada a un derecho fundamental protegido constitucionalmente o si existe un riesgo de que se vaya a actuar en detrimento del mismo; (ii) verificar que dicho riesgo sea inminente y grave, por lo que debe atenderse de manera inmediata; y (iii) comprobar que no existe otro remedio judicial o que el ordinario no es un medio adecuado o idóneo de defensa para el caso concreto, o que si lo es la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es importante anotar que la acción de tutela fue concebida por el Constituyente como un mecanismo de protección de derechos fundamentales, cuando las demás herramientas que ofrece el sistema no han sido eficaces. Así, todos los ciudadanos tienen la posibilidad de hacer efectivos sus derechos, y garantizar el cumplimiento de las obligaciones estatales. No obstante, la Corte Constitucional, en virtud de la cláusula de igualdad, en repetidas ocasiones ha dejado en claro que en el país hay grupos de personas que deben recibir un mayor nivel de protección por parte del Estado.

Se trata de los sujetos de especial protección, que son aquellas personas que por sus condiciones se encuentran en un estado de debilidad manifiesta. Así, la Corte ha entendido que esta es una figura para reducir los efectos de la desigualdad material, de conformidad con el artículo 13 de la Constitución. Consecuentemente, esta Corporación ha considerado a los menores de edad como acreedores de esa protección adicional. La Corte, en numerosas oportunidades[27] ha señalado que la protección de niños, niñas y adolescentes responde a un deber prioritario impuesto por el artículo 44 de la Carta Política[28]. Así, esta norma

constitucional establece que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”, lo que implica que el Estado tiene la responsabilidad de velar por el interés superior de los menores de edad. Esto tiene concordancia con las obligaciones derivadas de los tratados internacionales ratificados por Colombia para la protección de los niños, como la Convención de los Derechos del Niño de 1989. De esta manera, se pretende garantizar el desarrollo de todos los niños, niñas y adolescentes, y así ofrecerles condiciones de salubridad, dignidad y libertad para que se desarrollen armónica e integralmente.

Por esta razón, la regla de procedencia de la tutela como mecanismo de protección idóneo resulta ser más clara y evidente en los casos que involucren a personas en estado de indefensión, como lo son los menores de edad. Así, es preciso anotar que en virtud de los principios antes descritos el derecho a la salud de los menores de edad es autónomo por lo que, para que proceda su protección, solo es necesario demostrar que existe una amenaza cierta contra la salud del niño. De esta forma, la garantía efectiva del derecho depende del acceso al servicio público de salud, es decir, de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social.

En tal sentido, la sentencia T-218 de 2013[29] resulta relevante. En este caso, la Corte Constitucional analizó la petición formulada por la abuela materna de un menor de edad quien, tras un acuerdo de conciliación con la madre biológica del mismo, obtuvo su custodia. La peticionaria, entonces, decidió acudir a su Entidad Promotora de Salud para solicitar que su nieto fuera vinculado al régimen contributivo pero la empresa se negó a realizar dicho registro aduciendo que las condiciones del contrato de servicios suscrito entre las partes no permitía ese tipo de adiciones. En esa oportunidad, este Tribunal reafirmó que el derecho a la salud de un menor de edad puede considerarse vulnerado, sin importar que no exista una patología que tratar, pues el simple hecho de no encontrarse incluido en el sistema que le permita contar en forma oportuna con los servicios de salud frente a cualquier contingencia constituye en sí misma una vulneración de ese derecho fundamental.

Análisis de procedencia

7. Como quiera que un examen de procedencia cuidadoso debe determinar, en primer lugar, si existe o no un mecanismo idóneo ordinario para resolver la controversia planteada por la peticionaria, la Sala primero aclarará si se está frente a una violación de un derecho fundamental. En el presente caso, la accionante reclama como agente oficiosa la afiliación de un menor de edad, sobre el cual tiene la custodia provisional, al régimen contributivo de salud en calidad de beneficiario y reclama la vulneración de su derecho a la salud. Así, resulta razonable deducir que existe una posible violación al derecho fundamental a la salud y a la cláusula de protección superior de los derechos de los niños toda vez que la posible amenaza a este derecho no requiere que se demuestre la existencia de una patología, sino también puede asociarse a una amenaza cierta sobre las condiciones de accesibilidad al mismo.

Ahora bien, es necesario establecer si existe un mecanismo ordinario adecuado que pueda resolver de manera oportuna la reclamación de la accionante. De manera inicial, se puede observar que la señora Giraldo Garay agotó el trámite interno ante la EPS accionada ya que presentó una solicitud, conforme a las reglas generales del derecho de petición, el 27 de agosto del 2015 y la misma fue resuelta de manera negativa el 22 de septiembre del mismo año. Esta decisión, como se advierte en la respuesta reseñada no está sujeta a recurso alguno por lo que es evidente que no existe una instancia interna adicional a la que puede acudir la agente oficiosa.

Por otra parte, tampoco existe un mecanismo ordinario ante otra autoridad diferente a los jueces constitucionales ya que las competencias jurisdiccionales de la Superintendencia de Salud contempladas en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007[30] se circunscriben a conflictos derivados de la cobertura de procedimientos, el reconocimiento económico de los gastos en los que incurran las personas por concepto de emergencias médicas, conflictos por múltiples afiliaciones dentro del Sistema General de Seguridad Social y aquellos relacionados con la libertad de los usuarios para elegir a sus prestadores de salud.

Además, al tratarse de un menor de edad, como quiera que es un sujeto de especial protección constitucional, el análisis de procedencia se atenúa en la medida en que la cláusula del interés superior del menor de edad obliga al juez a actuar de manera oportuna y eficaz y establece la prevalencia de sus derechos fundamentales.

Por esta razón, la Sala concluye que el presente amparo resulta procedente en tanto que la peticionaria agotó el trámite interno ante la EPS por lo que no existe otro medio de defensa judicial ordinario al que pueda acudir para dirimir la controversia.

Por estas razones, a continuación, la Sala pasará a presentar el problema jurídico material que será resuelto de fondo en la presente providencia, así:

¿La negativa de Servicio Occidental de Salud EPS de incluir a Atticus en el régimen contributivo del sistema general de salud como beneficiario de quien ostenta su custodia provisional viola sus derechos fundamentales a la salud, a tener una familia y desconoce la cláusula de protección especial por ser un menor de edad contenidos en los artículos 44 y 49 de la Constitución Política?

8. La Sala verifica que si bien la actora invoca la violación del derecho a la salud, la controversia planteada involucra otros temas referidos a los derechos de los niños, tales como los derechos al cuidado, a tener una familia y a la protección especial de los menores de edad. Lo anterior ya que la denegación de cobertura planteada, se encuentra circunscrita a una situación de protección de un niño de seis años que no vive con su madre biológica y es protegido por su madre de crianza. Así, el título con el cual la tutelante invoca la inclusión en el sistema es la custodia provisional que tiene desde hace años y busca garantizar el derecho a la salud de su prohijado.

De esta manera, para analizar el fondo del asunto, primero la Sala presentará un breve resumen sobre el alcance y contenido del derecho a la salud. En segundo lugar, se expondrán las obligaciones que tienen los padres o guardianes de los menores de edad derivadas del deber de cuidado que existe en las familias. En tercer lugar, se resaltará la manera como la Corte ha delimitado la definición de familia diversa y las garantías de protección que en la actualidad existen para este tipo de núcleos familiares. Finalmente, se expondrá un análisis de fondo del caso concreto para resolver la controversia constitucional descrita.

Contenido y alcance del derecho a la salud. Reiteración jurisprudencial[32].

9. La Constitución Política de Colombia, en el artículo 48, al referirse a la seguridad social, la describe como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección,

coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley.”. Con posterioridad, al pronunciarse sobre el derecho a la salud, el artículo 49 dispone que “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

En numerosas oportunidades[33] y ante la complejidad que plantean los requerimientos de atención en los servicios de salud, la jurisprudencia constitucional se ha referido a sus dos facetas: por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, su carácter de servicio público. En cuanto a ésta última faceta, el servicio de salud debe ser prestado de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, respecto de la primera, el derecho a la salud debe atender los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos constitucionales reseñados.

Ahora bien, con respecto a la faceta de la salud como derecho, resulta oportuno mencionar que éste ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial[34] y legislativo[35], cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, a partir de la sentencia T-760 de 2008 se considera que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas.

De igual modo, en aras de garantizar el citado derecho fundamental, el Legislador estatutario estableció una lista de obligaciones para el Estado en la Ley 1751 de 2015[36], cuya lectura no puede realizarse de forma restrictiva, pues responden al mandato amplio del deber del Estado de adoptar medidas de respeto, protección y garantía del derecho a la salud. Estos deberes incluyen dimensiones positivas y negativas. En las primeras, el Estado tiene el deber de sancionar a quienes dilaten la prestación del servicio, así como generar políticas públicas que propugnen por garantizar su efectivo acceso a toda la población, adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros, vigilar que la privatización

del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención, controlar la comercialización de equipos médicos y medicamentos, asegurarse que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia, y adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores[37].

Por otro lado, en las segundas, se impone el deber a los actores del sistema de no agravar la situación de salud de las personas afectadas, de abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos, abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de los ciudadanos, prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos[38]. Así, la jurisprudencia constitucional[39] ha reconocido que estos deberes negativos implican que el Estado, o las personas, pueden violar el derecho a la salud, bien sea por una omisión, al dejar de prestar un servicio de salud, o bien por una acción, cuando realizan una conducta cuyo resultado es deteriorar la salud de una persona. En lo que respecta a las dimensiones negativas del derecho a la salud, de las cuales se deriva la obligación general de abstención, no hay razón alguna para que su cumplimiento sea pospuesto hasta que el Estado, la entidad o la persona cuenten con los recursos suficientes y la capacidad administrativa adecuada.

En cuanto a los elementos que rigen el derecho fundamental a la salud, la Corte ha destacado que se trata de los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y la calidad e idoneidad procesional. Específicamente, en relación con cada uno de ellos, se ha dicho que: (i) la disponibilidad[40] implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población; (ii) la aceptabilidad[41] hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida. Por su parte, (iii) la accesibilidad[42] corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para acceder físicamente a las prestaciones de salud, lo que a su vez implica que

los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar la accesibilidad económica y el acceso a la información. Finalmente, (iv) la calidad[43] se vincula con la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios.

10. En lo que atañe a los principios que se vinculan con la realización del derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, se destacan, entre otros, los siguientes: universalidad, pro homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad[44]. Para efectos de esta sentencia, la Sala ahondará en dos de ellos, ya que resultan relevantes para resolver el asunto objeto de revisión. Así, en lo que respecta al derecho a la salud, este Tribunal ha dicho que el principio pro homine permite la interpretación de las normas que rigen el tema de salud en el sentido más favorable a la protección de los derechos de las personas.

Por lo demás, es relevante traer a colación que, en cada caso concreto, la aplicación del principio pro homine dependerá del análisis que se haga de las particularidades del asunto y de lo que en él resulte más favorable para la protección del derecho. Al respecto, en la sentencia C-313 de 2014[45], al realizar el control de constitucionalidad sobre la Ley Estatutaria de Salud se expuso que:

“No puede renunciar de antemano esta Corporación al escenario específico del caso y a las circunstancias propias que, de manera excepcional, puedan orientar una decisión más favorable y proporcional en procura del derecho fundamental a la salud. Con todo, una concepción de las prestaciones en salud que asuma la inclusión como regla y, la exclusión como excepción, clausura en mucho las tensiones y dudas que impelen al intérprete a apelar al principio pro homine”.

Otro de los principios que incluye es el de prevalencia de derechos. De acuerdo con lo dispuesto en la Ley Estatutaria[46], le compete al Estado implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes en cumplimiento del principio de interés superior contenido en el artículo 44 de la Constitución Política. De ahí que, tratándose de menores de edad, el derecho a la salud cobra mayor

relevancia, toda vez que se trata de sujetos que por su temprana edad y situación de indefensión requieren de especial protección. Por esta razón, la Corte ha concluido que su análisis debe realizarse de forma flexible, en aras de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos[47].

Ahora bien, como quiera que el presente caso se relaciona con el ejercicio de la custodia provisional sobre un menor de edad, la Sala considera necesario analizar las obligaciones y deberes que se derivan del mismo con respecto a la protección de los derechos fundamentales del menor.

El derecho fundamental de los niños y niñas a ser cuidado se deriva en un deber en el ejercicio de la responsabilidad paternal

11. La decisión de ser padre y madre tiene implicaciones directas en la sociedad, en la familia como institución reconocida por la Constitución a través del artículo 42 y su referencia expresa[48] a las obligaciones derivadas de la maternidad y la paternidad. Las mismas, se ven agrupadas bajo el concepto de patria potestad, o el conjunto de derechos que la ley civil le reconoce a los padres sobre sus hijos para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone[49] lo que implica un alto grado de compromiso y responsabilidad. De la misma manera, la Ley de Infancia y Adolescencia, en su artículo 14[50], define la responsabilidad paternal como una obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye, especialmente, la obligación para quien ostenta esta función de garantizar que los menores de edad logren el máximo grado de satisfacción de sus derechos fundamentales. En el mismo sentido, el artículo 23[51] del mencionado Estatuto, señala con claridad que los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a que sus padres, o a quienes conviven con ellos en su ámbito familiar, en forma permanente y solidaria, asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral.

A su vez, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha refrendado de manera sostenida este mandato. Por ejemplo, la sentencia T-688 de 2012[52], al analizar un caso que involucraba la responsabilidad paternal al momento de garantizar el ejercicio de los derechos de los niños y niñas a la educación, recordó

que

el ser padre y madre implica una serie de derechos y deberes que en principio deben ser asumidos de manera conjunta, con la finalidad de proporcionarle a los menores de edad un adecuado desarrollo físico, psicológico, una vivienda digna, educación, vestuario, recreación, salud y en general el compromiso de proporcionarle a los hijos un clima favorable que les garantice el desarrollo integral de sus derechos fundamentales.

En otras palabras, los padres son los primeros y principales responsables en el desarrollo integral de sus hijos, situación que se ve refrendada por lo dispuesto en el Código de Infancia y Adolescencia que establece con claridad que la responsabilidad parental es una obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria de los padres, o quien ejerce la función de guardián, de asegurarse que los niños y las niñas puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos[53].

En particular, con respecto al derecho a la salud la Corte ha sido enfática en advertir que es una de las obligaciones primarias que tienen los padres de familia para con sus hijos. En primera instancia, este derecho se materializa a partir de la afiliación al sistema de seguridad social en salud en la medida en que, como lo recordó la sentencia T-133 de 2013[54], dicho derecho tiene un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses ya que los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte de

todas las autoridades públicas, incluyendo al juez constitucional.

Ahora bien, la figura de la custodia se debe entender como una medida de protección en los términos del Código de Infancia y Adolescencia[55] a la que puede acudir el defensor de familia[56] cuando encuentre que un menor de edad se encuentra en situación de vulnerabilidad. Esta medida busca retirar al niño o niña de la actividad que vulnere sus derechos y tiene la particularidad de que quien ostenta la custodia comparte las obligaciones y deberes derivadas de la patria potestad y la responsabilidad paternal. En otras palabras, aunque se pueda considerar como una medida provisional, el ejercicio de la custodia implica el cuidado y crianza del menor de edad por lo que a quien la ejerce por mandato de una autoridad le corresponde garantizar el grado de bienestar máximo del niño.

En conclusión, (i) cuando se trata de la protección del derecho a la salud de los niños y niñas, concurren las responsabilidades de los padres, o guardianes legales que ejercen su custodia, y las autoridades públicas; y (ii) estas obligaciones derivadas del deber de cuidado se extienden a quienes ostentan su custodia por decisión provisional del Defensor de Familia, bajo sus competencias legales y en aplicación de las diferentes medidas de restablecimiento de derechos contempladas en el Código del Menor. En ese sentido, sobre estas personas también se aplican las cargas asociadas a la responsabilidad parental.

Ahora bien, la Corte a continuación entrará a realizar algunas precisiones sobre el concepto dinámico y diverso de la familia y su relevancia para el caso en cuestión.

La protección constitucional a la familia diversa. Reiteración jurisprudencial del reconocimiento jurídico a los padres de crianza[57].

12. De manera reciente, pero reiterada y vigente, la Corte Constitucional ha escriturado una sólida jurisprudencia que reconoce la importancia de la familia diversa en nuestro ordenamiento constitucional a partir de una interpretación armónica del artículo 42 de la Carta Política[58]. Inicialmente, el Tribunal abordó esta controversia a partir de un problema de discriminación estructural basado en la orientación sexual o la identidad de género de las personas que formaban este tipo de familias. Por ejemplo, la sentencia C-075 de 2007[59] señaló con precisión, al conocer una demanda contra la Ley 54 de 1990, que el déficit de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual, resultaba lesiva

de la dignidad de la persona humana, contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y que se constituía en una forma de discriminación, proscrita por la Constitución. Bajo este principio, y después de reconocer también el derecho que tienen estas parejas a ser beneficiarios del régimen de salud[60], de la pensión de sobrevivientes[61] e, incluso, de la extensión del delito de inasistencia alimentaria[62] y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de todo funcionario público[63], la Corte aceptó plenamente que la Constitución reconoce el principio de familia diversa y que, particularmente las que están conformadas por parejas del mismo sexo, están sujetas a un déficit de protección que debe ser corregido por el Estado.

Sin embargo, esta Corporación ha sido enfática en señalar que las familias diversas no solo se configuran a partir de la orientación sexual u identidad de género de sus miembros sino que también admiten una gran pluralidad de formas a partir de su integración. Puntualmente, la sentencia C-577 de 2011[64], señaló 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. De esta manera, en su conformación, la familia resulta flexible a diversas maneras de relacionarse entre las personas, a las coyunturas personales que marcan el acercamiento y el distanciamiento de sus integrantes, o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la ausencia definitiva de algunos de sus miembros.

Por lo demás, como lo recordó la sentencia T-606 de 2013[65] la protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias.

Así, de manera reciente esta Corte recordó en la sentencia T-071 de 2016[66], al analizar un caso de adopción en una familia de crianza, señaló que incluso en este tipo de vínculos persisten los deberes y derechos propios de toda relación paterno-filial que se resumen en la responsabilidad paternal de cuidado y de garantía del grado máximo de bienestar. En

dicha ocasión, la Corte recordó que la protección constitucional de la familia también se proyecta a las conformadas por padres e hijos de crianza, esto es, las que surgen no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección. La evolución y dinámica de las relaciones humanas en la actualidad hace imperioso reconocer que existen núcleos y relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia, y en las cuales pueden identificarse como padres o abuelos de crianza a los cuidadores que ejercen la autoridad parental; relaciones familiares de crianza que también son destinatarias de las medidas de protección a la familia fijadas en la Constitución Política y la ley como también las obligaciones de cuidado y protección que se predicen del ejercicio de la responsabilidad paternal y la custodia.

Con todo, se pueda extraer la siguiente regla para el caso concreto a partir de las consideraciones expuestas: (i) cuando se trata de la protección del derecho de los niños a tener una familia se debe entender esta última de manera diversa, plural y dinámica de acuerdo a la definición finalista incorporada en el artículo 42 de la Constitución.

Ahora bien, realizadas las anteriores consideraciones jurídicas, la Sala pasará a analizar el caso concreto para determinar si es necesario acudir a la excepción de inconstitucionalidad y las razones para que efectivamente proceda.

14. Para empezar, la Sala quiere recordar que el presente caso involucra a un menor de edad que, por definición constitucional, es un sujeto de especial protección. Asimismo, aunque el caso fue presentado por la actora como una violación al derecho a la salud, se tiene que también están involucrados los derechos del niño a tener una familia en la medida en que existe un vínculo afectivo estable entre la peticionaria y Atticus que se circunscribe dentro del concepto dinámico y diverso de la familia. De igual manera, la presente controversia guarda relación con las obligaciones derivadas de la custodia ya que esta medida de protección impone sobre quien la ejerce los mismos deberes de cuidado que se derivan de la patria potestad y la responsabilidad paternal.

En ese sentido, si bien el reclamo está relacionado con el derecho a la salud, la Sala

considera que también existe un problema de interpretación de las normas que regulan la materia lo que necesariamente implica que el juez constitucional debe intervenir, ya que las medidas administrativas y jurisdiccionales de la Superintendencia de Salud no tienen la idoneidad de resolver las controversias que se derivan de este caso particular. Así, resulta importante anotar que en este caso no se trata de aplicar una suerte de excepción de inconstitucionalidad a las normas legales transcritas con anterioridad y que definen las reglas de vinculación del núcleo familiar de una persona cotizante. Por el contrario, de lo que se trata en este caso es de acudir a una interpretación sistemática y finalista de la norma a partir de los mandatos constitucionales del interés superior del menor, el principio pro homine -que resultan ser elementos axiales del derecho a la salud-, los deberes de cuidado y máximo beneficio implícito en el ejercicio de la paternidad o la custodia de un menor y el derecho a tener una familia.

En el caso concreto, se tiene que Atticus efectivamente forma parte de una familia diversa en la medida en que su prima hermana es quien ha ejercido la figura de autoridad maternal ya que ostenta, según el acervo probatorio recaudado, la custodia material del menor de edad desde que éste tenía 9 meses de edad. Por otra parte, bajo el entendido de que la actora ostenta en este momento un rol definitorio para la vida de Atticus, en la medida en que se encarga de su cuidado y éste la identifica como su figura materna, para la Sala resulta relevante describir las obligaciones generales que impone la responsabilidad de asumir el cuidado de los niños, niñas y adolescentes.

15. La Sala recuerda que el problema jurídico a resolver en la tutela se circunscribe a establecer si la decisión de la EPS accionada de no aceptar la vinculación de Atticus como beneficiario de la accionante al régimen contributivo del sistema general de salud vulneró los derechos de éste último a la salud y la garantía de la protección prevalente de los derechos, con la negativa de afiliación al sistema contributivo de salud como beneficiario de su madre de crianza.

En primer lugar, se debe recordar que la peticionaria, quien ostenta la custodia legal del menor de edad solicitó a la EPS accionada vincularlo como su beneficiario al régimen contributivo del sistema general de salud. Sin embargo, la entidad se negó a aceptar dicha petición con fundamento en que la norma relevante en la materia, el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015, señala que sólo se puede reconocer dicha prerrogativa a favor de los niños

sobre los cuales se tenga la patria potestad por vínculos biológicos o mandato legal o por la entrega de su custodia al cotizante de manera permanente. La norma dice:

Ley 1753 de 2015. Artículo 218. “Beneficiarios del régimen contributivo de salud. El núcleo familiar del afiliado cotizante, 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; y
- i) Los menores entregados en custodia legal por la autoridad competente” (resaltado fuera del texto).

Por estas razones, la entidad respondió que dicho trámite se podía realizar siempre y cuando Atticus fuera incorporado a dicho régimen a través de la figura de cotizante dependiente tras el pago de la respectiva Unidad de Pago por Capitación adicional. Así, la Sala quiere anotar que en este caso se debe acudir a una interpretación finalista y sistemática de la norma a partir del principio de pro homine y de prevalencia de los

derechos. Por lo tanto, es claro que la norma en su literal (i) no hace ninguna distinción entre la custodia provisional o definitiva, de hecho solo incorpora la obligación de que la misma sea otorgada por la autoridad competente, como en efecto ocurre en este caso. En ese sentido, se explicará cómo en este caso, la interpretación que la EPS hace de la definición legal del régimen de beneficiarios viola los artículos 44 y 49 de la Constitución. Por lo tanto, se interpretará la norma en un sentido incluyente a partir de los principios antes mencionados y los deberes de cuidado y máximo beneficio implícito en el ejercicio de la paternidad o la custodia de un menor de edad y el concepto constitucional de familia diversa.

La Sala verifica que en el presente asunto el menor de edad tiene una cobertura en salud mediante el régimen subsidiado, como beneficiario de su madre biológica. Por lo tanto, en esta oportunidad no se trata de un caso en el que se amenace la salud del menor de edad en relación con la disponibilidad del servicio. Esto, pues parecería que si el niño tuviera una enfermedad, la EPS a la que está afiliado lo atendería. Así, la controversia gira en torno a las condiciones de accesibilidad al servicio en relación con el tipo de protección que la tutelante quiere brindar a su custodiado con el tipo de cobertura, del régimen subsidiado al régimen contributivo y el reconocimiento de su custodia. De otra parte, también se trata de analizar si la negativa de la entidad para la provisión de la salud como cuidadora principal de Atticus constituye una barrera para la protección de los derechos del niño.

Para este Tribunal no cabe duda de que en esta oportunidad la actuación de la entidad accionada, en lo que respecta de manera puntual al derecho fundamental a la salud de Atticus constituye un obstáculo material para la garantía sustancial de los mismos como quiera que la norma aplicable al caso limita las condiciones de accesibilidad al servicio e impide que la peticionaria, como figura maternal del niño, ejerza su responsabilidad paternal. Así, de manera inicial, es necesario advertir que de las pruebas aportadas se tiene que la agente oficiosa ha asumido la responsabilidad de cuidado del menor de edad de manera reiterada y permanente desde hace seis años.

Así, se tiene que desde el 19 de octubre de 2010[67] el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar declaró la vulnerabilidad de los derechos del niño y le concedió a la accionante la custodia provisional del mismo por un periodo, renovable, de seis (6) meses. Posteriormente, mediante Resolución 171 del 24 de noviembre de 2011, el ICBF aprobó una

conciliación[68] entre la actora y la señora Elizabeth Garay Méndez, madre biológica de Atticus, donde se acordó mantener la cesión de la custodia provisional y establecer un régimen de visitas vigilado. Igualmente, del acervo probatorio, es claro que la custodia se mantiene en la actualidad y que, a la espera de una resolución judicial de la acción de revocatoria de la patria potestad presentada por la peticionaria[69], ésta ejerce plenamente el rol materno en la vida del niño. Todas estas pruebas, permiten entender que existe una relación estable y duradera producto del afecto y la solidaridad por lo que sin lugar a dudas el núcleo familiar compuesto por la señora Giraldo Garay y el niño es una expresión más del concepto de familia diversa. Además, el recaudo probatorio permite concluir que la aplicación del artículo 218 de la Ley 1753 de 2015 genera efectos negativos ya que, aunque la autoridad competente decidió retirar la custodia a la madre biológica del niño desde el año 2010, la continuidad de su servicio de salud sigue dependiendo de aquella, lo que genera un alto grado de incertidumbre frente a la garantía de acceso oportuno antes mencionada.

Por esta razón, dicha relación merece la máxima protección constitucional derivada del artículo 44 de la Carta Política. Esto hace que la solución planteada por la EPS, en el sentido de que la actora puede vincular a su hijo de crianza como cotizante dependiente tras el pago de la Unidad de Pago por Capitación adicional, resulta discriminatoria ya que no existe ninguna razón para darle un trato diferenciado a Atticus en la medida en que éste hace parte esencial de la familia de la peticionaria y no se trata de un tercero con un arraigo menor en la misma. Como ya se dijo, dicha relación ha sido parte integral de la vida del niño como quiera que a los diez meses de nacido se declaró la vulnerabilidad de sus derechos y se decretó la custodia provisional en cabeza de su prima hermana. Así, la regulación legal vigente atenta contra el alcance del concepto de familia diversa y la cláusula superior de los derechos del menor de edad en relación con el derecho a ser cuidado y a tener una familia, lo que implica el reconocimiento material de esa realidad.

En segundo lugar, la negativa de la EPS de afiliar como beneficiario al niño a menos de que la accionante asuma el pago de la UPC adicional, desconoce la aplicación del principio pro homine y la cláusula de interés general en las actuaciones relativas a la prestación de salud. Estos dos elementos implican que la interpretación que la EPS le dio al artículo 218 de la Ley 1753 de 2015[70] resulte contraria a la Constitución en este caso específico ya que se convierte en un obstáculo para que el menor de edad pueda, a través del régimen

contributivo, lograr el grado máximo de bienestar de los derechos fundamentales de un niño que fue declarado en situación de vulnerabilidad. Como se explicó, estos dos principios, exigen de las autoridades administrativas un compromiso ineludible con el grado de bienestar máximo de los niños y niñas que implica, entre otras cosas, no anteponer interpretaciones formalistas a las necesidades materiales de atención y cobertura que los menores de edad requieren.

En conclusión, la Sala encuentra que la interpretación aplicada por la accionada de las normas que definen el carácter de beneficiario al régimen contributivo resultan contrarias a la Constitución ya que equivaldría a desconocer las garantías de accesibilidad del derecho a la salud, en la medida en que limita el grado máximo de bienestar que merece el menor de edad y, la protección a tener una familia y ser cuidado por ella y terminar por constituir un obstáculo en el ejercicio de las obligaciones de cuidado derivadas de la responsabilidad paternal y la custodia. En ese sentido, la Sala debe precisar que como se dijo, si bien Atticus está adscrito al sistema de salud a través del régimen subsidiado lo cierto es que, tiene el derecho de estar vinculado como beneficiario de su madre de crianza al régimen contributivo, como quiera que ésta ejerce la autoridad maternal y tiene la calidad de guardiana del menor de edad.

En consecuencia, tampoco es admisible la respuesta ofrecida por la EPS en el sentido de que la peticionaria puede acudir a la figura de cotizante dependiente, tras el pago de la UPC adicional, para garantizar que el niño sea vinculado a su régimen de salud. Esta respuesta no solo desconoce la protección constitucional que merece el derecho del menor de edad a ser cuidado por su familia, sin distinción por origen familiar, pues asume que Atticus no hace parte del núcleo familiar cuando en realidad es parte fundante del mismo. Esa hermenéutica constituye una barrera en la protección efectiva de los derechos fundamentales del menor de edad y limita el deber de cuidado implícito en el ejercicio de la responsabilidad paternal derivada de una custodia que, aunque provisional, ha sido ejercida de manera permanente durante seis años. En el proceso, se encuentra plenamente acreditado que la actora ha sostenido en el tiempo una relación de afecto, cuidado y cariño con el menor de edad y en ese sentido el Estado tiene la obligación de proveer todas las condiciones necesarias para que éste deber se pueda observar sin obstáculo alguno. Por lo tanto, imponer un pago adicional como lo pretende la EPS demandada constituye una suerte de sanción pecuniaria para quien ostenta, dentro de una familia diversa, la calidad

del vínculo maternal desde que Atticus tenía 9 meses de edad. Claramente, en un Estado Social de Derecho una posición de esta naturaleza resulta inaceptable pues esa interpretación de la norma aplicable en el caso tiene el resultado desatinado de desconocer el dinamismo de las relaciones familiares y la protección especial de los derechos de los niños y niñas.

Por estas razones, la Sala acudirá a una interpretación finalista y sistemática y por lo tanto revocará el fallo de instancia y concederá la protección a los derechos a la salud y a la seguridad social de Atticus. En ese sentido, le ordenará a Servicio Occidental de Salud EPS que vincule al menor de edad dentro del régimen contributivo del Sistema General de Salud en calidad de beneficiario de la actora sin que esto derive en un pago adicional de cualquier tipo. Ahora bien, como quiera que en el proceso de revisión se obtuvo información concreta que indica que el proceso de revocatoria de la patria potestad impulsado por la peticionaria contra la madre biológica del niño no se encuentra terminado, es necesario advertir que la protección que se otorga es de carácter transitorio toda vez que no existe certeza sobre una definición judicial alrededor de quien ostentará en el futuro la misma. Por eso, la Sala establecerá que la orden de vinculación se mantendrá vigente hasta tanto el juez competente, dentro de su autonomía funcional, establezca si se revoca de manera permanente o no la patria potestad de la madre biológica de Atticus y se mantiene la custodia en favor de la madre de crianza. En caso afirmativo, no cabe duda que la afiliación como beneficiario debe continuar ya que entonces se configuraría una de las causales, específicamente, la contenida en el numeral (i) del artículo 218 de la Ley 1753 de 2015. Sin embargo, el caso opuesto no implica de manera inmediata que Atticus pierda su afiliación ya que esto solo sería posible si el régimen de custodia actual se modifica y se otorga la misma a la madre biológica del niño.

Conclusión

14. Para la Sala, es necesario acudir a una interpretación finalista y sistemática del artículo 218 de la Ley 1753 de 2015 en el presente caso, ya que la aplicada por la EPS accionada llevó a denegar la inclusión de un menor de edad al régimen contributivo del Sistema General de Salud como beneficiario de su madre de crianza, quien ejerce desde hace seis años su custodia legal. En otras palabras, el juez constitucional debe acudir a los principios constitucionales pues de otra manera se vulnerarían el derecho fundamental a la salud y la

cláusula de interés superior del menor de edad por dos razones, a saber: (i) impide que se garantice el principio de accesibilidad toda vez que, aunque el cubrimiento está garantizado a través del gasto público destinado al sistema subsidiado de salud, somete al niño a un estado de incertidumbre ya que la misma depende del vínculo con su madre biológica de quién fue separado por haberlo abandonado, cuando existe la posibilidad de otorgarle, acceso al régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud; y (ii) impone una barrera para ejercer sus deberes de garantía de derechos sobre quien ha establecido una relación permanente de afecto, cuidado y cariño con un menor de edad. Esto limita sustancialmente la capacidad de esta persona para observar y cumplir con el deber de cuidado propio del ejercicio de la maternidad responsable y desconoce el vínculo real que tiene el niño, como parte de esta familia, ya que ha visto a la tutelante como su madre y le imposibilita gozar de un beneficio derivado del deber de cuidado y la responsabilidad paternal.

Igualmente, como quiera que el proceso de revocatoria directa de la patria potestad no ha terminado, la Sala optará por otorgar una protección transitoria de los derechos del menor de edad mientras que el juez de familia competente profiera una decisión definitiva, advirtiendo sin embargo que solo una modificación sustancial del régimen de custodia legal vigente implicaría la cesación de la orden proferida en el presente fallo. En otras palabras, la Corte quiere ser enfática en señalar que quien tenga la custodia de Atticus, de manera provisional o permanente, es el responsable de garantizar su afiliación al sistema de salud.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta 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 el Juzgado 27 Penal Municipal de Cali que, en sentencia de única instancia del 3 de noviembre de 2015, decidió no amparar los derechos fundamentales del menor Atticus, y en su lugar CONCEDER el amparo a sus derechos fundamentales a la salud y a tener una familia.

Segundo.- ORDENAR a Servicio Occidental de Salud EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, y mientras se resuelve de manera definitiva el proceso de revocatoria de la patria potestad que actualmente cursa en el Juzgado Segundo de Familia de Cali o se modifique sustancialmente el régimen de custodia vigente, proceda a vincular al menor Atticus al régimen contributivo de seguridad social en salud en calidad de beneficiario de la señora Carolina Giraldo Garay sin que dicho procedimiento genere, a cargo de ésta última, el pago de la Unidad de Pago por Capitación adicional.

Tercero.- ORDENAR a la Secretaría General de esta Corporación, al Juzgado 27 Penal Municipal de Cali y a las partes en el proceso que se abstengan de publicar cualquier dato o circunstancia que puedan llevar a la identificación del menor de edad Atticus.

Cuarto.- Por Secretaría General, LIBRAR la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Como quiera que se trata de un menor de edad, la Sala optará por mantener en reserva su identidad como medida de protección.

[2] Escrito de tutela (folios 1 a 25; cuaderno principal).

[3] Según el Registro Civil de Nacimiento aportado por la actora, el menor nació el 1º de diciembre de 2009 (folio 13; cuaderno principal).

[4] Copia simple de la resolución 2735 del 19 de octubre de 2010 (folio 20 a 21; cuaderno principal).

[5] Copia simple de la conciliación y la resolución aprobatoria (folios 17 a 19; cuaderno principal).

[6] Registro de la solicitud (folio 14 a 15; cuaderno principal).

[7] Respuesta de SOS EPS (folios 24 a 25; cuaderno principal).

[8] Memorial de respuesta de la EPS accionada (folios 31 a 33; cuaderno principal).

[9] Ley 1753 de 2015. Artículo 218. “Beneficiarios del régimen contributivo de salud. El núcleo familiar del afiliado cotizante, 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; y i) Los menores entregados en custodia legal por la autoridad competente”.

[10] Memorial de respuesta del Ministerio de Protección Social (folios 39 a 41; cuaderno principal).

[11] Código General del Proceso. Artículo 170. Decreto y práctica de pruebas de oficio. “El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto

de la controversia. Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes”.

[12] Artículo 64. Pruebas en revisión de Tutelas. “Con miras a la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el Magistrado sustanciador, si lo considera pertinente, decretará pruebas. Una vez se hayan recepcionado, se pondrán a disposición de las partes o terceros con interés por un término no mayor a tres (3) días para que se pronuncien sobre las mismas, plazo durante el cual el expediente quedará en la Secretaría General”.

[13] Memorial allegado por la peticionaria (folios 23 a 28; cuaderno principal).

[14] Ibídem; folio 24.

[15] Reporte de valoración psicológica realizada al menor por parte del ICBF (folio 28; cuaderno principal).

[16] Ibídem; folio 29.

[17] Carné de afiliación del menor Atticus (folio 26; cuaderno principal).

[18] Memorial de respuesta del ICBF (folios 29 a 32; cuaderno principal).

[19] Registro en la Base Única de Afilados (folio 32; cuaderno principal).

[20] Ver, entre otras, sentencias T-004 de 2013. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo; T-397 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio; T-541A de 2014. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-742 de 2014. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

[21] Ver, entre otras, sentencias T-790 de 2012. Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada; T-054 de 2014. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos; y T-293 de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

[22] Respuesta de Servicio Occidental de Salud EPS (folios 24 a 25; cuaderno principal).

[23] Constitución Política Artículo 86 (parcial). Toda persona tendrá acción de tutela para

reclamar ante los

jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actué a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

[24] Decreto 2591 de 1991. Artículo 5. Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

[25] Ver, entre otras, sentencias T-588 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra; T-678 de 2010. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla; y T-214 de 2014. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

[26] Frente a este particular, la jurisprudencia de la Corte ha determinado que: “es obligación del juez que estudia la procedencia de la acción de tutela tener en cuenta que ésta es (un) mecanismo sumario y preferente creado para la protección de los derechos fundamentales, que se caracteriza por tener un carácter residual o supletorio, obedeciendo a la necesidad de preservar las competencias atribuidas por el legislador a las diferentes autoridades judiciales a partir de los procedimientos ordinarios o especiales, en los que también se protegen derechos de naturaleza constitucional. Por lo anterior, el recurso de amparo no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procedimientos judiciales, salvo que dichas vías sean ineficaces, inexistentes o se configure un perjuicio irremediable. En relación con este último, esta Colegiatura ha determinado que se configura cuando existe el riesgo de que un bien de alta significación objetiva protegido por el orden jurídico o un derecho constitucional fundamental sufra un menoscabo. En ese sentido, el riesgo de daño debe ser inminente,

grave y debe requerir medidas urgentes e impostergables. De tal manera que la gravedad de los hechos exige la inmediatez de la medida de protección” (Corte Constitucional. Sentencia T-788 de 2013. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[27] Ver, entre otras, sentencia T-348 de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas; T-573 de 2013. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos; T-863 de 2013. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos; y T-163 de 2014. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[28] Constitución Política. Artículo 44. “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

[29] Corte Constitucional. Sentencia T-218 de 2013. Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada.

[31] Ver, entre otras, sentencias T-464 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio; y T-110 de 2014. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[32] La Sala tomará como modelo, en lo concerniente a las características generales del derecho a la salud y a la seguridad social, lo consignado en la sentencia T-562 de 2014.

[33] Ver, entre otras, sentencias T-760 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; T-126 de 2015. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-593 de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-094 de 2016. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

[34] Ver, entre otras, sentencia T-760 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; y C-313 de 2014. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[35] Ver Ley 1751 de 2015 (Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones).

[36] Cfr. Ley 1751 de 2015. “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”. Artículo 5.

[37] Ver sentencia T-760 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

[38] Ver sentencia T-760 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

[39] Ver, entre otras, sentencias T-737 de 2013. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos; C-313 de 2014. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y C-754 de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

[40] Ver, entre otras, sentencias T-199 de 2013. Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada; T-234 de 2013. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-384 de 2013. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa; y T-361 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[41] Ver, entre otras, sentencias T-468 de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva; T-563 de 2013. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo; y T-318 de 2014. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

[42] Ver, entre otras sentencias T-447 de 2014. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa; T-076 de 2015. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y T-455 de 2015. Magistrada Ponente: Myriam Ávila Roldán.

[43] Ver, entre otras, sentencias T-199 de 2013. Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada; T-745 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-200 de 2014. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos; y T-519 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[44] Ver, ente otras, sentencias T-612 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio

Palacio; T-499 de 2014. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos; y T-126 de 2015. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[45] Corte Constitucional. Sentencia C-313 de 2014. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

[46] Cfr. Ley 1751 de 2015. Artículo 6. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. “El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionado (...) f) Prevalencia de derechos. El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años”.

[47] Ver, entre otras, sentencias T-260 de 2012; T-075 de 2013; y T-200 de 2014.

[48] Constitución Política. Artículo 42. “(...) las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes (...)”.

[49] Código Civil. Artículo 288. Definición de patria potestad. “La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”.

[50] Ley 1098 de 2006. Artículo 14. Responsabilidad parental. “La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos”.

[51] Ley 1098 de 2006. Artículo 23. Custodia y cuidado personal. “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman

directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales”.

[52] Corte Constitucional. Sentencia T-688 de 2012. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

[53] Código de Infancia y Adolescencia. Artículo 14. La Responsabilidad parental. “La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”

[54] Corte Constitucional. Sentencia T-133 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. En dicha sentencia, por ejemplo, el Tribunal ordenó que un menor de edad, cuyos padres no tenían la capacidad para afiliarlo al régimen contributivo de salud, fuera vinculado al mismo como cotizante dependiente de sus abuelos hasta tanto sus progenitores tuvieron la capacidad económica para garantizar su afiliación.

[55] Ley 1098 de 2006. Artículo 53. Medidas de restablecimiento de derechos. “Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas: 1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico; 2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado; 3. Ubicación inmediata en medio familiar; 4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso; 5. La adopción; 6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes; 7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar”.

[56] Ley 1098 de 2006. Artículo 82. Funciones del Defensor de Familia. “Corresponde al Defensor de Familia (...) 9. Aprobar conciliaciones en relación con la custodia y cuidado personal del niño”.

[57] La Sala tomará como modelo, en lo concerniente a las características generales del derecho a la salud y a la seguridad social, lo consignado en la sentencia SU-696 de 2015.

[58] Constitución Política. Artículo 42. “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.

[59] Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

[61] Corte Constitucional. Sentencia C-336 de 2008. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

[62] Corte Constitucional. Sentencia C-798 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba

Triviño.

[63] Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 2009. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

[64] Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[65] Corte Constitucional. Sentencia T-606 de 2013. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos

[66] Corte Constitucional. Sentencia T-071 de 2016. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

[67] Op. Cit. Copia simple de la resolución (folios 20 a 21; cuaderno principal).

[68] Op. Cit. Copia simple de la conciliación y la resolución aprobatoria (folios 17 a 19; cuaderno principal).

[69] Op. Cit. Memorial de respuesta del ICBF (folios 29 a 32; cuaderno principal).

[70] En particular el numeral (i) del ya transcrito artículo 218 de la Ley 1753 de 2015 señala que los menores entregados en custodia legal por la autoridad competente tienen el derecho de gozar de dicha calidad y recibir las garantías propias del servicios de salud dentro de dicho régimen.