Sentencia T-377/19

Referencia: Expediente T-7.045.029

Acción de tutela presentada por LMDS, como agente oficiosa de la niña MIEH, en contra de la EPS Sanitas S.A.

Magistrado ponente:
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D. C., veinte (20) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger y el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos en, primera instancia, por el Juzgado Primero Penal Municipal de Garzón, Huila, el 18 de julio de 2018, y en segunda instancia, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón, el 29 de agosto de 2018, dentro del proceso de tutela iniciado por LMDS, como agente oficiosa de la niña MIEH, en contra de la EPS Sanitas S.A., con vinculación oficiosa de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES–, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– y la Secretaría de Salud Municipal de Garzón.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Once, mediante auto del 13 de noviembre de 2018 y notificado el 16 de noviembre del mismo año[1].

Aclaración previa

En reconocimiento del derecho a la intimidad y los demás derechos fundamentales de la niña y las familias involucradas en el presente proceso, la Sala Quinta de Revisión decidió ocultar los nombres de la niña y sus familiares más cercanos, consignando solo sus iniciales, al igual que otros datos e información que permitan su identificación.

I. ANTECEDENTES

[1] Folios 7 al 20 del cuaderno de revisión.

1. Demanda y solicitud

La señora LMDS presentó acción de tutela en contra de la EPS Sanitas S.A., en calidad de agente oficiosa de quien afirma ser su hija de crianza, la niña MIEH, con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y la seguridad social, al estimarlos vulnerados en razón de la negativa de la entidad de incluir a MIEH como beneficiaria de su contrato de salud en el régimen contributivo[2]. Lo anterior, bajo el argumento de que no hace parte del grupo familiar que se permite afiliar, ya que no se ha surtido el trámite de adopción correspondiente.

A continuación se presentan los hechos más relevantes según fueron descritos en la demanda:

- LMDS señaló que es madre de crianza de la niña MIEH, de 11 años, y que es quien asume todos sus cuidados y los gastos de manutención.
- El 7 de febrero de 2018, la señora LMDS solicitó a la EPS Sanitas S.A. la afiliación de MIEH como beneficiaria de su contrato de salud, en su condición de hija de crianza.
- El 15 de febrero de 2018, la EPS dio respuesta a la anterior solicitud en el sentido de que se dirigiera a una de sus oficinas para que adjuntara "*los documentos que acreditan la custodia de [la menor]*", desconociendo que su relación es de madre-hija de crianza.
- Al obtener la anterior respuesta, el 16 de marzo de 2018, la señora LMDS se dirigió a la EPS para reiterar la solicitud de incluir a MIEH como beneficiaria de su contrato, teniendo en consideración que según la Corte Constitucional, "*los hijos de crianza son familia y pueden ser inscritos a las E.P.S.*"[3].
- El 21 de marzo de 2018, la agente oficiosa recibió nueva respuesta de la EPS Sanitas. En esa oportunidad le manifestaron que "*la acreditación y soporte documental de la calidad de los beneficiarios, se sujetará a las siguientes reglas: || 22.4 La calidad de hijo adoptivo mediante el certificado de adopción o acta de entrega del menor, emitido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*"[4].
- En razón de lo anterior, presentó acción de tutela en contra de la EPS Sanitas S.A. solicitando que se le ordene proceder a la afiliación de MIEH como beneficiaria de su contrato de salud en el régimen contributivo.

Con la demanda se aportaron las siguientes pruebas documentales:

- Fotocopia de la declaración extrajuicio de Adaulfo Antonio Soto Noriega y Rocío del Socorro Marín Plaza, solteros y con unión libre, realizada el

---

[2] La demanda y sus anexos obran a folios 1 al 16 del cuaderno principal. En adelante, los folios a que se haga referencia corresponderán al cuaderno principal a menos que se señale otra cosa.
[3] Folio 2.
[4] Folio 2.

14 de julio de 2017 en la Notaría Primera de Garzón, Huila. En el documento afirmaron: "*Que es un hecho cierto que, conocemos de vista, trato y comunicación directa a [LMDS] desde hace 20 años aproximadamente y por el conocimiento que de ella tenemos podemos declarar que doña [LMDS] ha sido la que ha tenido desde que nació y hasta la fecha la manutención de la menor [MIEH], es decir costeando todo lo relacionado con la alimentación, vestuario estudios, salud*"[5] (mayúsculas originales).

- Fotocopia de la constancia expedida el 25 de septiembre de 2017 por el director del Colegio ALAS, en la que se lee que la señora LMDS "*reporta en [los] registros como representante de la menor [MIEH], [quien] cursó y aprobó los grado (sic) Transición del nivel de Preescolar durante el año escolar 2014, Primero y Segundo del nivel de Básica Primaria durante los años 2015 y 2016 respectivamente. Para el presente año 2017, se encuentra debidamente matriculada y cursa grado tercero del Nivel Básica Primaria. || La menor [MIEH], participa de las brigadas de Audiometría, optometría, salud oral y medicina general, dentro de los proyectos pedagógicos de salud y bienestar, además, de encontrarse inscrita en los programas institucionales de aprovechamiento del tiempo libre y la recreación. || En los diferentes compromisos financieros (costos educativos) la señora [LMDS] es la persona que ha respondido por la menor en referencia*"[6].

- Fotocopia del oficio fechado el 7 de febrero de 2018, en el que la señora LMDS le solicitó a la EPS Sanitas S.A., "*la afiliación de la menor [MIEH], en calidad de hija de crianza, de conformidad con la reglamentación vigente, por sentencias dictadas por LA CORTE CONSTITUCIONAL, respecto a los hijos y/o familia de crianza, y demás normas concordantes*" (mayúsculas originales)[7]. Explicó que la niña se encuentra en el seno de su familia desde la primera infancia, que está bajo su responsabilidad y que ha asumido todos sus gastos de manutención, salud, estudio, entre otros; además, que cursará cuarto de primaria. Adjuntó como soportes fotocopia de la tarjeta de identidad de la niña; fotocopia del carnet estudiantil del Colegio ALAS; fotocopia del diploma expedido por el Colegio JS, el 3 de diciembre de 2013; fotocopia de la certificación expedida por el Colegio ALAS, el 25 de septiembre de 2017; fotocopia de la declaración extrajuicio de AASN y RSMP, realizada el 14 de julio de 2017 en la Notaría Primera de Garzón, Huila; y fotocopia de la cédula de ciudadanía de la accionante[8].

- Fotocopia de la respuesta dada por la EPS Sanitas S.A. a la accionante, de fecha del 15 de febrero de 2018, en la que se le informan que para

[5] Folio 5.
[6] Folio 6.
[7] Folio 9.
[8] Algunos de los documentos enunciados no se encuentran en el expediente.

efectos de la afiliación de MIEH como beneficiaria de su contrato, debe acercarse a las oficinas de atención y radicar la solicitud de inclusión de la niña "*teniendo en cuenta que se debe adjuntar los documentos que acrediten la custodia [de la] menor, para proceder con la activación correspondiente*"[9].

- Fotocopia del oficio fechado el 16 de marzo de 2018, en el que la accionante nuevamente le solicitó a la EPS Sanitas S.A. que proceda a "*la inscripción de [MIEH], en esa E.P.S., como [su] beneficiaria, de conformidad con los documentos anexos en la anterior solicitud, los que demuestran claramente la crianza, que es una responsabilidad plenamente asumida de [su] parte*" (mayúsculas originales)[10].

- Fotocopia de la respuesta dada por la EPS a la accionante señora LMDS, fechada el 21 de marzo de 2018, en la que se le informa que la inclusión de la niña MIEH está sujeta, de acuerdo con el artículo 22.4 del Decreto 2353 de 2015, a la acreditación de su calidad de hija adoptiva, lo que debería hacerse "*mediante certificado de adopción o acta de entrega del menor, emitido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o entidad autorizada*"[11].

2. Respuestas de la entidad demandada y vinculada

2.1. Mediante auto del 7 de mayo de 2018, el Juzgado Primero Penal Municipal de Garzón admitió la acción de tutela y corrió traslado de la misma a la EPS Sanitas; adicionalmente, vinculó oficiosamente a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES–[12].

2.2. El 10 de mayo de 2018, la directora de la oficina de Neiva de la EPS Sanitas S.A.[13] solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela presentada por LMDS, quien se encuentra afiliada en calidad de cotizante pensionada a través del Administrador del Fondo de Pensiones Públicas Consorcio FOPEP 2015, con un IBL de $848.720[14].

Señaló que en el presente caso la EPS no ha vulnerado derecho fundamental alguno de MIEH y que se ha acogido a la normativa que rige su actividad, en el entendido de que "*los hijos de crianza (no consanguíneos) no hacen parte del grupo familiar básico completo*"[15]. Lo anterior, en aplicación del Decreto 780 de 2016, por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector salud y protección social, que en su artículo 2.1.3.6. establece la composición del grupo familiar para efectos de la inscripción de los beneficiarios, en cuyo

[9] Folio 10.
[10] Folio 7.
[11] Folio 8.
[12] Folio 11.
[13] Amira Bonilla.
[14] La respuesta y sus anexos obran a folios 15 al 23.
[15] Folio 15.

numeral 9 enlista a "*[l]os menores de dieciocho (18) años entregados en custodia legal por la autoridad competente*".

Finalmente, solicitó que se conminara a la accionante a que allegue los documentos o soportes requeridos en la normativa vigente, con el fin de continuar el trámite de afiliación de la niña MIEH como beneficiaria amparada.

2.3. El 17 de mayo de 2018, el apoderado judicial de la oficina jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES–[16], solicitó la negación del amparo de los derechos fundamentales de la niña MIEH, en lo que tiene que ver con la entidad que representa. Explicó que no es función de la ADRES realizar el trámite de afiliación, traslado o movilidad de beneficiarios del sistema, por lo que la vulneración se produjo por una omisión que no le es atribuible, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva. En razón de ello, solicitó la desvinculación de la entidad del presente proceso de tutela[17].

3. Decisión que se revisa del juez de tutela de primera instancia

3.1. El Juzgado Primero Penal Municipal de Garzón, mediante sentencia del 22 de mayo de 2018[18], declaró improcedente la acción de tutela presentada por la señora LMDS al concluir que la entidad accionada "*en ningún momento le está negando la vinculación sino que le está solicitando allega[r] documento legal que acredite [que] tiene en custodia a la menor*"[19], de acuerdo con el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015, que señala los beneficiarios del régimen contributivo en salud, incluyendo en su literal i "*[l]os menores entregados en custodia legal por la autoridad competente*".

En razón de lo anterior, exhortó a la accionante "*para que inicie el correspondiente trámite de vinculación [al] régimen subsidiado, así como también el correspondiente trámite de custodia ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, con el fin de legalizar la misma y pueda allegar dicho documento para culminar el trámite de vinculación y/o afiliación de la menor a[l] régimen contributivo*"[20].

3.2. Surtido el trámite de primera instancia y durante el estudio de la impugnación interpuesta por la señora LMDS en contra de la sentencia referida en el numeral anterior, el 21 de junio de 2018, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón declaró la nulidad de todo lo actuado en el curso de la primera instancia, en cuanto no se vinculó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– ni a la Secretaría de Salud Municipal de Garzón[21].

---

[16] Julio Eduardo Rodríguez Alvarado.
[17] La respuesta y sus anexos obran a folios 25 al 33.
[18] El fallo obra a folios 34 al 40.
[19] Folio 39.
[20] Folio 40.
[21] El auto de nulidad obra a folios 5 y 6 del cuaderno No. 1 de impugnación.

3.3. El 5 de julio de 2018, el Juzgado Primero Penal Municipal de Garzón vinculó oficiosamente al trámite de tutela a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES–, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– y a la Secretaría de Salud Municipal de Garzón, quienes durante el término de traslado guardaron silencio.

3.4. El Juzgado Primero Penal Municipal de Garzón, mediante sentencia del 18 de julio de 2018, y ya subsanado el vicio de nulidad, reiteró lo decidido en la sentencia del 22 de mayo de 2018, en el sentido de declarar la improcedencia de la acción de tutela y exhortar a la señora LMDS para que inicie el trámite de afiliación de la niña MIEH al régimen subsidiado, así como el correspondiente procedimiento de custodia ante el ICBF, con el fin de legalizar la misma y poder continuar el trámite de inclusión de la menor como beneficiaria suya en el régimen contributivo[22].

3.5. El 24 de julio de 2018, la coordinadora del Centro Zonal Garzón[23], Regional Huila del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– allegó al proceso el *Informe de valoración sociofamiliar de verificación de derechos*[24] realizado a la señora LMDS y su grupo familiar, el 23 de julio de la misma anualidad. En el informe se reporta lo siguiente:

> "[MIEH] de 10 años de edad, es hija de [SEH] quien al parecer tiene problemas mentales recluida en un centro de salud mental en institución especializada, la abuela materna señora [AAEH] residente en Bogotá tiene a cargo un hijo de [SEH], [MIEH] nace estando la progenitora en una crisis, el caso fue conocido por la señora [LMDS] quien hizo contacto con la señora [AAEH] en Bogotá para apoyarla, es por ello que nombran a la señora [ESM] hija de [LMDS] y al señor [PDR] esposo de [ESM] como padrinos de bautismo de la niña, los primeros 4 años estuvo a cargo de la abuela [AAEH] en Bogotá donde al parecer residen y de manera intermitente estuvo con los padrinos, desde hace 6 años la niña fue dejada a los padrinos y a la señora [LMDS] quienes [le brindan] la protección necesaria a la niña, refiere la señora [LMDS] que hace más de año y medio no tienen conocimiento de la ubicación de la familia biológica de [MIEH], no se comunican por ningún medio[25].
> […]
> Se evidencia una red de apoyo a nivel de familia de crianza fortalecida[,] cuenta con el apoyo de todo su núcleo, a nivel salud se encuentra afiliad[a] a Capital Salud EPS, régimen subsidiado en Bogotá, pese a que han realizado las gestiones para que sea atendida en el municipio de Garzón no ha sido posible ya que quien debe

[22] El fallo obra a folios 56 al 61.
[23] Diana Milena Hernández Sánchez.
[24] Folios 65 a 70.
[25] Folio 67. Se precisa que "[l]a señora [LMDS] es viuda y vive con su hija [ESM] y el esposo [PDR] [quienes llevan] un matrimonio establecido hace más de 30 años, no tiene[n] en el momento hijos biológicos[,] con una relación adecuada y fusionada entre los miembros" (folio 67).

> realizar la desvinculación de esta EPS es la abuela materna biológica de quien no se tiene conocimiento donde pueda ubicarse, hace más de un año y medio no tiene contacto, es de anotar que son ellos quienes cancelan citas médicas[,] particulares y odontológicas debido a que Capital Salud no tiene accesibilidad en el municipio de Garzón, la familia de crianza de [MIEH] son pensionados todos, la niña [MIEH] se encuentra estudiando en el [Colegio] donde cursa 4 de primaria ocupando los primeros puestos"[26].

El informe refiere que hay un grupo familiar de tipología ampliada en donde la accionante, señora LMDS, de 92 años, ejerce como la abuela de crianza de la niña; la hija biológica de la accionante, ESM, de 66 años, ejerce como la madre de crianza; y PDR, de 66 años, cónyuge de ESM, como el padre de crianza[27]; todos los anteriores están pensionados.

Por último, el informe finaliza señalando que un factor de vulnerabilidad de la niña MIEH es la falta de acceso a atención efectiva en salud, en cuanto la EPS Capital Salud no presta servicios de salud en el municipio de Garzón, sino exclusivamente en urgencias[28].

3.6. Adicionalmente, la coordinadora del Centro Zonal Garzón anexó el *Informe de valoración psicológica de verificación de derechos*[29], realizado el 23 de julio de 2018, que difiere del *Informe de valoración sociofamiliar de verificación de derechos*, en cuanto señala que la madre de crianza de MIEH es la accionante, señora LMDS. Sin embargo, igualmente concluye que "*[s]e reconoce el vínculo afectivo entre la niña [MIEH] y su núcleo familiar extenso de crianza, en cuanto le han garantizado todos sus derechos, la niña se siente protegida. Es necesario que la EPS Capital salud busque la manera de darle solución oportuna al derecho evidentemente amenazado de la niña [MIEH]*" (mayúsculas originales)[30].

4. Impugnación

El 30 de julio de 2018, la accionante presentó impugnación en contra de la decisión de primera instancia. Sostuvo que el fallo se fundamentó en "*que la niña no hace parte del grupo familiar que se permite afiliar, pues no se ha surtido el trámite de adopción correspondiente, desconociendo de contera la FAMILIA DE CRIANZA, reconocida jurídicamente por la CORTE CONSTITUCIONAL, y que además por tratarse de una niña, prevalece sobre cualquier norma al respecto*" (mayúsculas originales). Con ello, se deja de lado que la protección constitucional de la familia no se circunscribe a quienes tengan vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que se amplía a las familias que surgen de facto, es decir, las familias de crianza.

---

[26] Folio 68.
[27] Folio 69.
[28] Folio 70.
[29] Folios 71 al 80.
[30] Folio 78.

Señaló, además, que la decisión no tuvo en cuenta que la tutela está dirigida a proteger a una persona en estado de indefensión, pues se trata de una menor de edad, y que la garantía del derecho a la salud es una obligación primaria de los padres de familia.

5. Decisión que se revisa del juez de tutela de segunda instancia

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón, mediante sentencia del 29 de agosto de 2018[31], confirmó el fallo de primera instancia al considerar que la decisión de EPS Sanitas S.A. "*no es caprichosa o arbitraria, sino que emerge de la aplicación del artículo 2.1.3.6 del Decreto 780 de 2016, el cual señala cuáles son los beneficiarios del régimen contributivo en salud*"[32]. Adicionó que "*[e]n estas circunstancias, si la accionante acude a la acción constitucional para lograr la afiliación de la menor [MIEH] al Sistema de Salud de la E.P.S. Sanitas S.A., sin acreditar que tiene la custodia de la menor; quiere decir que no ha agotado los mecanismos establecidos para alcanzar su pretensión, circunstancia que por sí sola tornaría improcedente el mecanismo constitucional, el cual se caracteriza por ser excepcional y subsidiario*"[33].

6. Actuaciones en sede de revisión

6.1. Mediante auto del 14 de febrero de 2019, el magistrado sustanciador consideró necesario recaudar algunas pruebas con la finalidad de verificar los supuestos de hecho que originan la presente solicitud[34]. En consecuencia, resolvió:

- Solicitar a la agente oficiosa de la accionante, LMDS, que informara *(i)* si la niña MIEH se encuentra afiliada al sistema de salud, y si cuenta con atención por parte del mismo en el municipio de Garzón, Huila; y *(ii)* el estado del trámite de custodia de la niña MIEH.

- Solicitar al Centro Zonal Garzón de la Regional Huila del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–, que allegara al proceso de tutela *(i)* copia integral del expediente del procedimiento de restablecimiento de derechos de la niña MIEH; y *(ii)* informe sobre el estado del trámite de la custodia de la niña MIEH.

- Solicitar a la Secretaría Departamental de Salud que informara si la niña MIEH se encuentra afiliada al régimen subsidiado en salud.

6.2. El 21 de febrero de 2019, la secretaria de salud municipal de Garzón[35] informó que, una vez consultada la base de datos del municipio de Garzón, se

[31] El fallo obra a folios 4 al 6 del cuaderno de impugnación.
[32] Folio 5 del cuaderno de impugnación.
[33] Folio 5, reverso, del cuaderno de impugnación.
[34] Folio 23 del cuaderno de revisión.
[35] Karent Lisseth Polanía Triana.

verificó que MIEH "*no se encuentra afiliada al Sistema de salud del Régimen Subsidiado*", quedando pendiente la consulta ante el ADRES para verificar si la niña cuenta con otra afiliación a nivel nacional, requiriendo información acerca del número de su tarjeta de identidad[36].

6.3. Como venció el término otorgado para el envío de la anterior información, sin que se recibiera respuesta alguna de la agente oficiosa de MIEH y del Centro Zonal Garzón de la Regional Huila del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–, la Sala Quinta de Revisión, mediante auto del 7 de marzo de 2019[37], decretó nuevas pruebas con la finalidad de obtener elementos de juicio que le permitieran adoptar una decisión más informada en el caso objeto de estudio, a la vez que suspendió los términos del presente proceso. Resolvió:

- Oficiar nuevamente a la agente oficiosa de la accionante, LMDS, para que informara *(i)* si MIEH se encuentra afiliada al sistema de salud, y si cuenta con atención por parte del mismo en el municipio de Garzón, Huila; *(ii)* el estado del trámite de custodia de la niña.

- Oficiar nuevamente al Centro Zonal Garzón de la Regional Huila del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–, para que allegara al proceso de tutela *(i)* copia integral del expediente del procedimiento de restablecimiento de derechos de la niña MIEH; y *(ii)* informe sobre el estado del trámite de la custodia de la niña MIEH.

- Oficiar a la Secretaría de Salud Municipal de Garzón, Huila, suministrándole el número de la tarjeta de identidad de MIEH, para que informara si la niña cuenta con afiliación a nivel nacional.

6.4. Vencido el término otorgado, la Secretaría de la Corporación allegó al despacho las respuestas remitidas por la Secretaría de Salud Municipal de Garzón y por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–.

6.4.1. El 26 de marzo de 2019, la secretaria de salud municipal de Garzón[38] informó que, una vez consultada la base de datos ADRES, se verificó que MIEH se encuentra activa en el régimen subsidiado a través de Capital Salud EPS, en la ciudad de Bogotá, desde el 6 de octubre de 2012[39].

6.4.2. El 27 de marzo de 2019, la coordinadora del Centro Zonal Engativá de la regional Bogotá del ICBF, allegó copia del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos No. 1080183493-2011 de MIEH, referente al trámite de custodia y cuidado personal de la niña, según solicitud realizada por PDR[40]. De la historia de atención se puede extractar la siguiente información:

---

[36] Folio 36 del cuaderno de revisión.
[37] Folios 38 y 39 del cuaderno de revisión.
[38] Karent Lisseth Polanía Triana.
[39] Folio 49 del cuaderno de revisión.
[40] La respuesta y los anexos obran a folios 51 al 69 del cuaderno de revisión.

- MIEH nació el 13 de diciembre de 2007 en Gigante, Huila. Su madre es SMEH.

- La apertura del procedimiento de restablecimiento de derechos se inició el 19 de diciembre de 2011, por parte del Centro Zonal de Puente Aranda, Bogotá, por el motivo de posible maltrato por negligencia. Según declararon ESM[41] (29 de diciembre de 2011) y PDR[42] (22 de diciembre de 2011), quienes son los padrinos de la niña, MIEH posiblemente tenía afectados sus derechos a la salud, a la educación, a la nutrición, entre otros, por lo que solicitaron una diligencia de rescate.

- El 20 de enero de 2012 se realizó visita al lugar de residencia de la niña por parte del equipo de la defensoría de familia del Centro Zonal Engativá, Bogotá, junto con la procuradora de familia. Se verificó que MIEH se encontraba a cargo de su abuela materna señora AAEH, residente en la ciudad de Bogotá, quien también estaba a cargo del niño JDEH (hermano de MIEH); que estaba vinculada al jardín infantil Engativá y a Salud Cóndor EPS-S; y que no se encontraba en situación de riesgo. Sin embargo, se programaron visitas de seguimiento para la observación del estado nutricional de MIEH.

- El 6 de febrero de 2012 ESM y PDR se presentaron ante la defensoría de familia, y se les brindó información relacionada con el estado de las actuaciones. Fueron indagados acerca de la forma en que conocieron a la familia de MIEH; aparece el siguiente relato: "*se conocieron debido al nacimiento de la niña, conocían a la señora progenitora de [MIEH] porque deambulaba por las calles, conocimos a [AAEH] cuando le entregaron la niña en la comisaría, conocimos las tías y luego de 8 meses se bautizó la niña y se dio por mutuo acuerdo con [AAEH]*"[43].

- Mediante Resolución No. 09 del 9 de abril de 2012, la defensoría de familia de asuntos no conciliables del Centro Zonal Engativá decidió mantener "*como medida de ubicación de [MIEH] en medio familiar en el hogar de su abuela materna [AAEH], quien ha venido ejerciendo la*

---

[41] En el informe se indica que la señora [ESM] señaló: "[…] la niña [MIEH] tenía vulnerado derecho a la salud, educación, nutrición y al buen trato y respeto a su integridad[,] especialmente en lo afectivo y en lo emocional, al no estar vinculada a un programa de crecimiento y desarrollo y en salud oral, la vio en diciembre 3 de 2011 (sic) delgada y con deseo desmesurado de comer, […] la madre de la niña [SMEH] registra un cuadro psiquiátrico y está en un centro de atención ASEP, [el] padre [es] desconocido, la conoció en el ICBF C.Z. de Garzón donde ella era la Coordinadora" (folio 59).

[42] En el informe se indica que el señor PDR señaló: "[…] que la abuela materna de la niña [MIEH] les permitió a él y a su esposa compartir un paseo, compartir la navidad y año nuevo, luego permitió que la matricularan en un colegio para iniciar a hacer párvulos, ya en agosto de 2010 recibió una llamada de la Fiscalía [para] que viniera a entregar la niña debido a un denuncio que les había presentado la señora [AAEH] por el secuestro de la menor, cosa totalmente falsa. El 24 de septiembre de 2010 hicieron entrega formal de la niña a través de la Defensora de Familia de Garzón, para que la restituyera a la abuela de la niña, presentó denuncio al ICBF Regional Bogotá y le hicieron visitas a la abuela materna el 16 y 21 [de] diciembre de 2010, luego él contrató a un abogado para presentar una acción de tutela la cual [se] falló el 12 de octubre de 2011 donde se ordena el rescate" (folio 59, reverso, del cuaderno de revisión.

[43] Folio 65, reverso, del cuaderno de revisión.

custodia y cuidado provisional"[44]. Lo anterior, al verificar que la niña no se encontraba en situación de riesgo. Adicionalmente, decidió realizar permanente seguimiento a MIEH, por el término de seis meses o el que se amerite, a cargo del equipo psicosocial de la Defensoría de Familia, sin perjuicio del que realice la coordinadora del Centro Zonal de Engativá del ICBF.

- De acuerdo con lo decidido en la resolución anterior, se realizó visita de seguimiento para la observación del estado nutricional de MIEH y, en general, de sus condiciones de vida, el 16 de mayo de 2012.

- El 28 de enero de 2013, el Centro Zonal Engativá de Bogotá cerró el procedimiento de restablecimiento de derechos por pérdida de contacto con la familia, según el auto del 23 de enero del mismo año[45]. Sin embargo, con fecha del 27 de marzo de 2014, se observa una reapertura acorde a la petición de la oficina de gestión y atención del Centro Zonal San Cristóbal Sur, Bogotá. No hay más actuaciones[46].

- En el informe que reposa en el sistema de información misional de actuaciones del ICBF, se observa que la abuela de la niña MIEH cambia permanentemente de lugar de residencia.

6.4.3. El 1 de abril de 2019, la coordinadora del Centro Zonal Garzón de la Regional Huila del ICBF [47], en un primer escrito[48], señaló que una vez revisado el Sistema de Información Misional de la entidad se encontró registrado el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de MIEH, en el que se resolvió su custodia a cargo de su abuela materna AAEH. Adicionalmente, señaló que se constató petición del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón a través de la cual, con fundamento en la sentencia del 29 de agosto de 2018, se solicitó que "*se adelante proceso de custodia a la señora [LMDS], donde se emite respuesta solicitando al Juzgado los datos de ubicación de la señora [LMDS], por cuanto hasta la fecha […] no se ha presentado al centro zonal*"[49].

---

[44] Folio 62, reverso, del cuaderno de revisión.
[45] Según se indica en el informe, el 8 de octubre de 2012 se realizó seguimiento al proceso: "[…] se realiza desplazamiento hasta el domicilio para seguimiento nutricional para con los niños [JDEH] y [MIEH], quienes están a cargo de la abuela materna [AAEH]; según dirección reportada […], atienden a la puerta una niña de nombre […] y un niño de nombre […] de 9 y 8 años respectivamente, refieren que habitan el primer piso hace aproximadamente un mes y medio y no conocen ni conocieron los niños y la abuela del presente seguimiento, no aportan más datos. || Se informará a la defensoría para estudiar cierre de la petición por pérdida de contacto. || Mariana Caicedo Zárate, Nutricionista protección" (folio 55, reverso).
[46] Folio 55 del cuaderno de revisión.
[47] Gloria Virginia Pascuas Rubiano.
[48] El escrito y sus anexos obran a folios 76 al 83 del cuaderno de revisión.
[49] Folio 76 del cuaderno de revisión.

6.4.4. El 3 de abril de 2019, la secretaria de salud del Municipio de Garzón[50] informó que consultada la base de datos ADRES se verificó que la niña MIEH se encuentra activa en el régimen subsidiado en Capital Salud EPS en Bogotá[51].

6.4.5. El 8 de abril de 2019, de nuevo la coordinadora del Centro Zonal Garzón del ICBF[52] informó que, si bien la señora [LMDS] aún no se había acercado a la entidad para iniciar el respectivo trámite de custodia de la niña MIEH, se habían adelantado varias actuaciones administrativas, incluyendo una orden de verificación de derechos del 27 de julio de 2017, debido a un reporte de tenencia irregular que realizó el Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón[53].

Así, informó que luego de varios acercamientos, en agosto de 2017 se logró realizar la valoración nutricional y psicológica de la niña, en la que se observó que vive con ESM, exfuncionaria del Centro Zonal Garzón del ICBF y quien se desempeñó como coordinadora por más de 20 años en dicho municipio, su esposo PDR y la señora LMDS, de 92 años, madre de ESM; y que ESM y PDR son los padrinos de bautizo de MIEH y ejercen su cuidado[54]. Adicionalmente, señaló que de la valoración nutricional y psicológica se logró concluir que se identificaron condiciones óptimas a nivel físico, psicológico y emocional, y que los derechos a la educación, alimentación, vestuario, vivienda, entornos protectores e integridad personal se encontraban garantizados, razón por la que no se dio apertura al procedimiento de restablecimiento de derechos[55].

---

[50] Karent Lisseth Polanía Triana.
[51] Folio 85 del cuaderno de revisión.
[52] Gloria Virginia Pascuas Rubiano.
[53] En la fotocopia de la historia de atención 1080183493, con fecha de creación del 26 de julio de 2017, folio 6, se lee: "Mediante radicado No. 359317 del 24 de julio de 2017 la Trabajadora Social del Hospital adjunta informe social de la niña [MIEH], quien ingresa a la Institución al servicio de urgencias con diagnóstico: Otros dolores abdominales y los no especificados, Hiperfagia asociada con otras alteraciones psicológicas, se remite el caso para seguimiento por tenencia irregular de la menor" (folio 93, reverso, del cuaderno de revisión). A folios 98 y 99 *ibíd*. obra fotocopia del informe social realizado por la trabajadora social Julieth S. Baquero Plaza del Hospital Departamental San Vicente de Paúl de Garzón, Huila, sin fecha, que da cuenta de la entrevista realizada a la niña [MIEH]. Al final, se observa el siguiente concepto: "Se remite caso al ICBF para seguimiento por tenencia irregular de la menor".
[54] En la fotocopia de la historia de atención 1080183493, con fecha de creación del 26 de julio de 2017, folio 6, se lee: "La niña se encuentra viviendo en el Edificio Bolívar junto a la señora [ESM], el señor [PDR] y la mamá de la señora [ESM] [accionante en el presente proceso de tutela], los cuales manifiestan que son los padrinos de bautizo de la niña, refieren que desde que la niña nació ellos siempre han estado pendiente[s] de ella, igualmente refieren […] que la niña lleva un [proceso] en el bienestar familiar desde hace mucho tiempo, actualmente la custodia la tiene la abuela materna [la cual] no ha sido garante de derechos de la [MIEH] por eso desde el 2014 [vive] con ellos en el municipio por lo que actualmente la niña los reconoce como papá y mamá, aunque no desconoce su procedencia, al indagar por eso se observa ansiedad en ella" (folio 93, reverso, del cuaderno de revisión). En esa oportunidad se señaló: "[…] actualmente se evidencia amenazado el derecho a la salud" (*ibídem*.).
[55] A folio 116 del cuaderno de revisión obra fotocopia del auto por medio del cual se abstiene de iniciar un proceso administrativo de restablecimiento de derechos y se ordena asistencia y asesoría, H.A. 1080183493, SIM 23332939, fechado el 7 de septiembre de 2017, emanado de la Defensoría Segunda de Familia del Centro Zonal Garzón de la Regional Huila del ICBF. En dicho documento se lee la siguiente orden: "Abstenerse de iniciar un proceso administrativo de restablecimiento de derechos a la niña [MIEH], quien cuenta con garantía de derechos y redes de apoyo extensa y solidaria para el cumplimiento de los mismos, con sus padrinos cuidadores y abuela materna custodia. || Remitir la Historia de Atención de la niña […] y […] su núcleo familiar, a la modalidad de Asistencia y Asesoría a la familia en el Centro Zonal, la cual será brindada por el equipo biopsicosocial de la Defensoría de Familia del CZ, con el fin de realizar intervención y seguimiento a la aplicación del modelo solidario, pautas de crianza, relaciones familiares, ciclo escolar, atención en salud, realizando para tal fin un plan de intervención donde determinarán el número de sesiones a realizar y el posterior

Finalmente, expuso que en visita social realizada en julio de 2018, por solicitud del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón, se reafirmó que la niña MIEH "*cuenta con familia de crianza para su cuidado y protección, cuenta con registro civil, tarjeta de identidad, vinculación al sector educativo y la familia garantiza derechos en vestuario, vivienda y recreación*"[56].

Adicionalmente, anexó copia de las actuaciones administrativas adelantadas[57], dentro de las cuales se encuentran los informes de valoración del estado de salud psicológica de MIEH, con fechas del 18 de agosto de 2017[58] y del 23 de julio de 2018[59], y del auto que avoca conocimiento del 13 de septiembre de 2018, a través del cual el defensor primero de familia del Centro Zonal Garzón del ICBF dispone avocar conocimiento de la historia de atención 1080183493 en el estado en que se encuentra, correspondiente a la niña MIEH, que fuera direccionada el día 3 de septiembre de 2018, y ordenar al equipo interdisciplinario de la Defensoría Segunda de Familia realizar el trámite de seguimiento, con el fin de establecer el estado actual de la niña y definir si amerita apertura de procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos o cierre de la petición[60].

6.4.6. El 11 de abril de 2019, la señora LMDS informó que MIEH se encuentra afiliada al sistema de salud a través de Capital Salud EPS, en el régimen subsidiado, pero que no cuenta con atención en el municipio de Garzón, Huila. Adicionalmente, señaló que no se ha adelantado un trámite de custodia "*ya que como lo [manifestó] anteriormente y con los documentos aportados en la acción de tutela, la niña es [su] protegida por la vía de hecho*"[61]. Reiteró la solicitud de que se ordene la desvinculación de MIEH del régimen subsidiado y su vinculación al régimen contributivo como su beneficiaria.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

---

cierre de la historia de atención" (mayúsculas originales). El documento está firmado por la defensora segunda de familia Karol Yohana Chavarro Cerquera.

[56] Folio 89, reverso, del cuaderno de revisión.

[57] Folios 90 al 158.

[58] Folios 117 al 120 del cuaderno de revisión. En el documento se lee: "En el trámite de verificación de derechos se identifican condiciones óptimas a nivel físico, psicológico y emocional. Los derechos a la educación, alimentación, vestuario, vivienda, entornos protectores, salud e integridad personal se encuentran garantizados. || […] Conclusiones y recomendaciones: || Derechos garantizados. || Fortalecer patrones de crianza de autoridad. || Fortalecer estilos alimenticios saludables" (folio 119, reverso, *ibíd*.). El informe está firmado por la psicóloga del Centro Zonal Garzón Daniela Peña Aguilar.

[59] Folios 147 al 151 del cuaderno de revisión. En el documento se lee: "[…] Conclusiones y recomendaciones: || Se reconoce vínculo afectivo entre la niña [MIEH] y su núcleo familiar extenso de crianza, en el cual le han garantizado todos sus derechos, la niña se siente protegida. Es necesario que la EPS Capital Salud busque la manera de darle solución oportuna al derecho evidentemente amenazado de la niña […]" (mayúsculas originales) (folio 151 *ibíd*.). El informe está firmado por la psicóloga del ICBF María Cristina Joven Bermeo.

[60] Folio 158. El auto está firmado por el defensor de familia Álvaro Carrera Vargas.

[61] Folio 176 del cuaderno de revisión.

Esta Sala de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 86 y el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Examen de procedencia de la acción de tutela

Antes de la formulación del problema jurídico relacionado con la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por LMDS, agente oficiosa de la niña MIEH, la Sala debe analizar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela. Para ello, estudiará si en el presente asunto se demuestran los presupuestos de: *(i)* legitimación en la causa, por activa y por pasiva; *(ii)* subsidiariedad; y *(iii)* inmediatez. Una vez se verifique su observancia, si es del caso, se procederá a formular el respectivo problema jurídico que permita dar solución al caso concreto.

2.1. Legitimación en la causa

2.1.1. *Legitimación en la causa por activa.* El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En ese marco, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991[62] establece que "*[l]a 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*"; además, que "*[t]ambién se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa*".

En el presente caso, la tutela la presenta la señora LMDS, para proteger los derechos de quien afirma ser su hija de crianza, MIEH, de 11 años[63]. En efecto, por tratarse de una niña, MIEH no está en condiciones de defender sus derechos directamente, por lo que procede la figura de la agencia oficiosa.

En esta oportunidad, LMDS alega la violación del derecho fundamental a la salud de su agenciada, a quien se le ha negado la inscripción como beneficiaria de su contrato de salud en el régimen contributivo. En consecuencia, en el presente caso se cumple el requisito de legitimación por activa.

2.1.2. *Legitimación en la causa por pasiva.* El mismo artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, establecen que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública e incluso contra particulares "*encargados de la prestación de un servicio público*"[64]. Así, la

---

[62] "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".
[63] MIEH nació el 13 de diciembre de 2007 (folio 117 del cuaderno de revisión).
[64] El inciso quinto del artículo 86 de la Constitución precisa que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

legitimación por pasiva se entiende como la aptitud procesal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o la amenaza del derecho fundamental, cuando alguna resulte demostrada.

En el caso objeto de análisis, se advierte que la solicitud de amparo se dirige en contra de un particular, la EPS Sanitas S.A., a quien se le atribuye la vulneración del derecho fundamental a la salud de la niña MIEH, como quiera que es una entidad particular encargada de prestar el servicio público de salud, de acuerdo con los artículos 49 de la Constitución y 2 de la Ley 1751 de 2015[65]. En consecuencia, se cumple el requisito de legitimación por pasiva.

2.2. Subsidiariedad

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución la acción de tutela está revestida de un carácter subsidiario. El principio de subsidiariedad determina que dicho mecanismo de protección es procedente siempre que *(i)* no exista un medio alternativo de defensa judicial; o *(ii)* aunque exista, este no sea idóneo y eficaz en las condiciones del caso concreto; o *(iii)* sea necesaria la intervención del juez constitucional para conjurar o evitar la consumación de un perjuicio irremediable en los derechos constitucionales.

Con todo, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que pese a la existencia de otro medio de defensa judicial, el examen de procedencia de la acción tutela debe ser más flexible cuando están comprometidos derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como sería el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, porque, en desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, el Estado les debe garantizar un tratamiento diferencial positivo.

En el presente caso, la agente oficiosa LMDS no tenía otro medio de defensa judicial. En efecto, la Superintendencia de Salud no tiene funciones jurisdiccionales respecto de asuntos relacionados con la negativa de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, según lo previsto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007[66], modificada por la Ley 1949 de 2019[67].

Ahora bien, aunque el medio de defensa judicial existiera, ya la Corte Constitucional ha señalado que el mecanismo de protección que brinda la Superintendencia Nacional de Salud no es adecuado para lograr la protección *inmediata* y *urgente* del derecho fundamental a la salud de la niña MIEH, en cuyo beneficio se interpuso la acción de tutela que se examina.

En efecto, esta Corporación ha evaluado la idoneidad de dicho recurso y, al respecto, ha establecido de manera consistente que el procedimiento ante la

---

[65] "Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones".
[66] "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".
[67] "Por la cual se adicionan y modifican algunos artículos de las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, y se dictan otras disposiciones".

Superintendencia no debe ser agotado como requisito para la procedencia de la acción de tutela, especialmente en el caso en que se pretenda proteger los derechos de niños y niñas. Señaló:

> "El artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, […], contiene la asignación de una función jurisdiccional en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, particularmente en las controversias suscitadas en torno al cumplimiento de las obligaciones en cabeza de las entidades que conforman el sistema de salud, con un procedimiento particular, revestido de celeridad e informalidad que en principio resulta idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales que puedan verse vulnerados en el desarrollo de la relación entre los usuarios y las entidades promotoras de salud.
>
> Con todo, en la Sentencia C-119 de 2008 la Corte Constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el citado artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y precisó que las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, pese a tener un carácter principal y prevalente frente a la acción de tutela, no implican que ésta última no pueda proceder como mecanismo transitorio frente a un perjuicio irremediable o como mecanismo definitivo, cuando resulte ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca. Esto supone que para analizar la procedencia de la acción de tutela, el juez no puede evaluar en abstracto la existencia de otros mecanismos disponibles, sino que es necesario valorar su eficacia frente a las circunstancias concretas.
>
> La jurisprudencia constitucional ha enfatizado que: *"(…) la preferencia del mecanismo con que cuenta la Superintendencia para reclamar está dada, siempre que los hechos no evidencien un riesgo contra la vida, la salud o la integridad de las personas, caso en el cual procedería la tutela."* Además, de forma específica en la Sentencia T-178 de 2017, esta Corporación señaló que la acción de tutela resulta procedente, aun cuando esté disponible el procedimiento judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud, cuando el juez constitucional advierta un riesgo de daño inminente y grave a un derecho constitucional fundamental que requiera medidas urgentes, y cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional que se encuentren en situaciones de extrema vulnerabilidad y debilidad manifiesta.
>
> Por otra parte, la Corte Constitucional ha advertido que los menores de edad deben recibir atención y acceso preferente a la salud, a partir del artículo 44 Superior y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. La Ley Estatutaria 1751 de 2015, por su parte, consagra el derecho a la salud como un derecho fundamental

> autónomo e irrenunciable y en su artículo 6 menciona como uno de los principios que deben regir la prestación de este derecho, el *principio de prevalencia de derechos*, en virtud del cual, el Estado tiene la obligación de implementar medidas concretas y afirmativas para garantizar la atención integral en salud de los niños, niñas y adolescentes. En el artículo 11, además, establece que los menores de edad hacen parte del grupo de sujetos de especial protección constitucional, cuya atención no puede ser limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica"[68].

En consecuencia, en este caso, la agente oficiosa no tenía otro medio de defensa judicial para obtener la protección de los derechos a la salud y a la seguridad social de la niña MIEH, por lo que se cumple el requisito de subsidiariedad.

2.3. Inmediatez

La acción de tutela está instituida en la Constitución Política como un mecanismo expedito que busca garantizar la protección *inmediata* de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

Así, uno de los principios que rigen la procedencia de la acción de tutela es la inmediatez. Lo anterior significa que, si bien la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo, su interposición debe hacerse dentro un plazo razonable y proporcionado a partir del evento generador de la supuesta amenaza o violación de los derechos fundamentales, so pena de que se determine su improcedencia[69].

En el caso bajo estudio la Sala advierte el cumplimiento del requisito de inmediatez, dado que LMDS presentó la acción de tutela el 7 de mayo de 2018, luego de que el 21 de marzo del mismo año[70] la EPS Sanitas S.A. negara la solicitud de incluir a MIEH como beneficiaria de su contrato de salud en el régimen contributivo, como respuesta a sendas solicitudes formuladas el 7 de febrero[71] y el 16 de marzo de 2018[72]. Se concluye, entonces, que la acción de tutela fue presentada en un plazo coherente con el criterio de inmediatez.

3. Planteamiento del problema jurídico

---

[68] Corte Constitucional, Sentencia T-684 de 2017.
[69] En ese sentido, puede consultarse Corte Constitucional, Sentencias T-526 de 2005, T-834 de 2005, T-016 de 2006, T-692 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-792 de 2007, T-825 de 2007, T-243 de 2008, T-265 de 2009, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-887 de 2009, T-328 de 2010, T-805 de 2012, entre muchas otras.
[70] Folio 7.
[71] Folio 9.
[72] Folio 7.

Acreditados los requisitos de procedencia de la acción de tutela en el asunto de la referencia, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿vulneró la EPS Sanitas S.A. los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de MIEH, de 11 años, al negarle la afiliación como beneficiaria de la señora LMDS, en el marco de su contrato de salud en el régimen contributivo, por considerar que la niña no hace parte de su núcleo familiar, en virtud del Decreto 780 de 2016, pese a la manifestación realizada por la solicitante en el sentido de que es su hija de crianza?

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala recordará las reglas fijadas en la jurisprudencia constitucional sobre *(i)* la prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en el ordenamiento constitucional colombiano como expresión del principio del interés superior, y *(ii)* el derecho fundamental de los niños, las niñas y los adolescentes a la salud y las obligaciones de las autoridades al respecto. Posteriormente, repasará *(iii)* el marco constitucional y el desarrollo jurisprudencial acerca de los diferentes tipos de familia, y *(iv)* la regla según la cual la familia de crianza goza de protección integral constitucional. Finalmente, *(v)* resolverá el caso concreto.

4. La prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en el ordenamiento constitucional colombiano como expresión del principio del interés superior. Reiteración de jurisprudencia[73]

4.1. El artículo 13 de la Constitución Política consagra la especial protección que debe brindar el Estado a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, como es el caso de los niños, las niñas y los adolescentes en virtud de su condición de debilidad y extrema vulnerabilidad en razón de su corta edad e inexperiencia.

Así, la calidad de sujetos de especial protección constitucional de los niños, las niñas y los adolescentes tiene su fundamento en la situación de vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran, pues su desarrollo físico, mental y emocional está en proceso de alcanzar la madurez requerida para la toma de decisiones y la participación autónoma dentro de la sociedad. El grado de vulnerabilidad e indefensión tiene diversos niveles y se da en todos los procesos de interacción que los niños, las niñas y los adolescentes deben realizar con su entorno físico y social para el desarrollo de su personalidad.

Este deber de protección también se encuentra desarrollado en el artículo 44 de la Carta Política, que establece algunos de los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes, y determina su prevalencia sobre los derechos de los demás. Así mismo, reconoce a su favor los demás derechos consagrados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y

[73] Se siguen de cerca las Sentencias T-387 de 2016, T-398 de 2017 y T-005 de 2018.

le impone a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de asistirlos y protegerlos.

Este tratamiento especial de los derechos de los niños y las niñas responde a un interés jurídico emanado del Constituyente de 1991, que los quiso elevar a una instancia de protección superior en virtud del reconocimiento de su particular condición de sujetos que empiezan la vida y se encuentran en situación de indefensión y que, por tanto, requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado para alcanzar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

4.2. La consideración de los niños y las niñas como sujetos privilegiados de la sociedad encuentra un claro respaldo y reconocimiento en el derecho internacional, a través de diversos instrumentos que apuntan a ofrecerles un trato especial porque "*por su falta de madurez física y mental, necesita[n] protección y cuidados especiales*"[74]. Entre los instrumentos internacionales a que se hace referencia, el más importante es la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989[75], que en su preámbulo consagra que el niño "*[…] necesita protección y cuidado especial*". Por ello, establece en su artículo 3 un deber especial de protección, en virtud del cual "*[…] los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley*"[76].

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966[77] dispone en su artículo 24 que "*todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*". Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969[78] hace referencia a la protección especial de los menores de edad. En su artículo 19 señala que "*[…] todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*".

4.3. Por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 9, consagra la prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, al disponer que "*[e]n todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos*

---

[74] Declaración de los Derechos del Niño, adoptada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 1386 (XIV) del 20 de noviembre de 1959.
[75] Este instrumento hace parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, integra el ordenamiento interno, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política. Fue aprobada a través de la Ley 12 de 1991.
[76] Adicionalmente, la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), principio II, señala que el niño gozará de una protección especial y que a través de las leyes y otros medios se dispondrá lo necesario para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, así como en condiciones de libertad y dignidad; y también contempla que al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.
[77] Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968.
[78] Aprobada por la Ley 16 de 1972.

de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente".

En efecto, de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política y el artículo 9 del Código de la Infancia y la Adolescencia, los niños, las niñas y los adolescentes no solo son sujetos de derechos, sino que sus derechos e intereses prevalecen en el ordenamiento jurídico. Así pues, siempre que se protejan los derechos de este grupo social cobra relevancia el interés superior del niño, niña o adolescente, lo que significa que todas las medidas que les conciernan, "*[…] deben atender a éste sobre otras consideraciones y derechos, para así apuntar a que los menores de edad reciban un trato preferente, de forma que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembros de la sociedad*"[79].

El principio mencionado es desarrollado por el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que define el interés superior del niño, la niña o el adolescente como "*el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes*".

En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra la obligación de las autoridades de tener una consideración especial para la satisfacción y protección de sus derechos. Específicamente, el artículo 3.1 del instrumento mencionado dispone que "*[e]n 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*".

4.4. Bajo la lógica de la preservación y protección del interés prevaleciente de los niños, las niñas y los adolescentes, este Tribunal ha resaltado "*el trascendental rol que juegan las autoridades judiciales en la satisfacción de las garantías fundamentales de los menores de edad. Es así como esta Corporación ha fijado unas reglas destinadas a asegurar que en el marco de procesos judiciales, las autoridades competentes propendan por la salvaguarda del bienestar de dichos sujetos*"[80].

Para efectos de analizar cómo opera el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, en la **Sentencia T-510 de 2003** la Sala Tercera de Revisión de la Corporación fijó unos estándares de satisfacción de este principio y los clasificó como fácticos y jurídicos. Los primeros exigen que se analicen íntegramente las circunstancias específicas del caso, mientras que los segundos se refieren "*a los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil*"[81], especialmente en razón del

[79] Corte Constitucional, Sentencia T-767 de 2013.
[80] Corte Constitucional, Sentencia T-261 de 2013.
[81] Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2013.

riesgo que pueda generar la discrecionalidad que se requiere para hacer este tipo de valoraciones.

Según la sentencia referida, son criterios jurídicos para determinar el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes en un caso particular: *(i)* la garantía del desarrollo integral del menor de edad; *(ii)* la garantía de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; *(iii)* la protección frente a riesgos prohibidos; *(iv)* el equilibrio de sus derechos con los de sus familiares, de tal forma que si se altera dicho equilibrio debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; *(v)* la provisión de un ambiente familiar apto para su desarrollo; *(vi)* la necesidad de justificar con razones de peso la intervención del Estado en las relaciones familiares, y *(vii)* la evasión de cambios desfavorables en las condiciones de los niños involucrados[82].

4.5. En conclusión, siempre que las autoridades administrativas, judiciales o institucionales se enfrenten a casos en los que puedan resultar afectados los derechos de un niño, una niña o un adolescente, "*deberán aplicar el principio de primacía de su interés superior, y en particular acudir a los criterios fácticos y jurídicos fijados por la jurisprudencia constitucional para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen sus derechos*"[83], de forma que se garantice su desarrollo armónico e integral.

5. El derecho fundamental de los niños, las niñas y los adolescentes a la salud y las obligaciones de las autoridades al respecto. Reiteración de jurisprudencia[84]

5.1. Esta Corporación ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud[85], categoría que se refuerza cuando se trata de brindar protección y cobertura a un sujeto de especial protección constitucional como, por ejemplo, los niños, las niñas y los adolescentes, en razón a su situación de vulnerabilidad e indefensión.

Adicionalmente, son múltiples los instrumentos internacionales que reconocen a la población en comento el estatus de sujetos acreedores de protección reforzada en el campo de la salud. Veamos:

- La Convención sobre los Derechos del Niño consagra en su artículo 24: "*1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán*

[82] Esta regla fue formulada en las Sentencias T-397 de 2004 y T-572 de 2010.
[83] Corte Constitucional, Sentencia T-387 de 2016 y T-005 de 2018.
[84] En este acápite se sigue de cerca la Sentencia T-177 de 2017.
[85] Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008.

la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: […] b) asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud […]".

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

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[86] contiene algunos parámetros tendientes a la protección de los derechos fundamentales de los niños, entre ellos, el derecho a la salud. Así, el numeral 2° del artículo 12 consagra entre las medidas que deben adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho: "*a) la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños*".

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

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 19 (derechos del niño): "*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*".

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

5.2. Por su parte, y de acuerdo con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), el derecho a la salud, en todas sus formas y a todos los niveles, comprende los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, *accesibilidad*, aceptabilidad y

[86] Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968.

calidad[87]. Dada la relación del tema con el caso bajo examen, se hará énfasis en el segundo elemento: la accesibilidad.

Al respecto, cabe resaltar que el derecho de acceso al servicio público de atención en salud se materializa en el acto de afiliación de la persona para que sea parte del Sistema de Seguridad Social en Salud, bien sea desde su concepción general o mediante los regímenes especiales de salud. Por consiguiente, el desconocimiento de la garantía en mención no exige necesariamente la existencia de alguna patología que tratar y frente a la cual se haya negado la atención apropiada.

La circunstancia de no encontrarse el sujeto de especial protección constitucional incluido en un sistema que le permita acceder de manera oportuna a los servicios de prevención y atención frente a cualquier enfermedad que pueda presentarse, implica una lesión tanto del derecho a la seguridad social como del derecho a la salud. En ese orden de ideas, la Sala Novena de Revisión de este Tribunal señaló "*que la no inclusión en calidad de afiliado, de vinculado o de beneficiario de una persona al Sistema de Seguridad Social en Salud (régimen general o regímenes especiales), contando con disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad en el servicio, constituye en sí misma una vulneración no solo del derecho a la seguridad social, sino también del derecho a la salud y […] en ese sentido se torna procedente el amparo constitucional*"[88].

5.3. Ahora bien, por lo que respecta a las obligaciones de las autoridades involucradas en la prestación de los servicios de salud a niños, niñas y adolescentes, cabe precisar que esta Corporación, siguiendo los lineamientos de la Observación General No. 14 del CDESC, ha sostenido que el criterio a tener en cuenta por parte de las autoridades es el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Al respecto, la Sala Tercera de Revisión señaló:

> "Es deber de las autoridades relacionadas con la prestación de servicios de salud, […], tener en cuenta en todos los casos que involucren niños que la protección, preservación y promoción de su interés superior y prevaleciente en materia de salud es el norte de cualquier actuación que les concierna, desde la interpretación del alcance de las propias competencias y de las normas que rigen los servicios de salud, hasta la ejecución material, el seguimiento, el control y la supervisión de su prestación. Si los funcionarios que gestionan y materializan en la práctica la prestación de los servicios de salud no obran en estos casos de tal manera que los derechos e intereses del menor involucrado sean sus objetivos prioritarios, desconocen las normas constitucionales, internacionales, legales y reglamentarias que gobiernan el ejercicio de sus funciones,

[87] Parágrafo 12 de la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
[88] Corte Constitucional, Sentencia T-496 de 2014.

amenazando o violando con ello los derechos fundamentales prevalecientes que están en riesgo"[89].

6. Marco constitucional y desarrollo jurisprudencial acerca de los diferentes tipos de familia. Reiteración de jurisprudencia[90]

6.1. *Importancia del vínculo familiar*. Siguiendo el criterio de una interpretación sistemática de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el concepto de familia es dinámico y, por tanto, debe guardar correspondencia con la constante evolución e interacción de las relaciones humanas, razón por la que no es posible fijar su alcance a partir de una concepción meramente formal, sino que debe atenderse a criterios objetivos y sustanciales surgidos de las diversas maneras que tienen las personas de relacionarse y de la solidez y fortaleza de los vínculos que puedan surgir entre ellos[91].

Desde sus inicios, a propósito de la consagración constitucional de la igualdad de derechos y obligaciones entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, esta Corporación ha señalado que toda norma que establezca una discriminación –basada en el origen familiar– es contraria a la Constitución[92].

Particularmente, la Sala advierte que la jurisprudencia constitucional se ha referido en varias ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez. A manera de ejemplo, se encuentran los siguientes pronunciamientos:

- **Sentencia SU-043 de 1995**. La Sala Plena explicó que la familia y la sociedad tienen la obligación genérica de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, y cuando aquellas no pueden cumplirla, corresponde al Estado hacerlo.

- **Sentencia T-587 de 1998**. La Sala Tercera de Revisión sostuvo que los niños y las niñas sin familia se ven privados de crecer en un ambiente de afecto, solidaridad y alimentación equilibrada. Así que, los padres o miembros de la familia que ocupen ese lugar son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos.

- **Sentencia SU-225 de 1998**. La Sala Plena afirmó que los padres y demás

---

[89] Corte Constitucional, Sentencia T-907 de 2004
[90] En este acápite se sigue de cerca la Sentencia T-316 de 2017.
[91] Corte Constitucional, Sentencia C-026 de 2016.
[92] Corte Constitucional, Sentencia C-105 de 1994.

familiares se encuentran legalmente obligados a ofrecerle a la niñez protección y sustento. El Estado deberá intervenir cuando quiera que ese cuidado y protección no sea suficiente.

- **Sentencia T-292 de 2004**. En relación con la importancia de tener en cuenta el fuerte vínculo que se crea entre los niños y la familia de crianza, la Sala Tercera de Revisión señaló: "*El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella tiene una especial importancia para los menores de edad, puesto que por medio de su ejercicio se materializan numerosos derechos constitucionales diferentes, que por lo tanto dependen de él para su efectividad: es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, el amor, la educación y las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta […]. Cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de su familia de crianza, incluso si se hace con miras a restituirlo a su familia biológica*".

- **Sentencia T-887 de 2009**. La Sala Quinta de Revisión sostuvo que "*[…] los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar –abuelos, parientes, padres de crianza– son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos y puedan contar con los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige. Desde esta perspectiva, la intervención estatal en el núcleo familiar solo puede presentarse de manera marginal y subsidiaria y únicamente si existen razones de peso que así lo ameriten*"[93].

- **Sentencia T-071 de 2016**. La Sala Quinta de Revisión precisó que el Estado tiene un deber de protección y preservación frente a la institución familiar, "*que cobija el derecho a no ser separado de la familia y preservar el vínculo familiar, particularmente para los menores de edad. Excepcionalmente, el Estado está habilitado para intervenir en la institución, pero sólo para proteger derechos constitucionales en juego y cuando existan razones imperativas como el orden público o el bien común, y se cuente con el consentimiento de sus integrantes*".

Es claro, entonces, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, que la primera llamada a cumplir con los deberes correlativos a los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes, es la familia. No obstante, el artículo 10 del Código de la Infancia y la Adolescencia ha establecido la corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado en la atención, el cuidado y la protección de este grupo social en desarrollo.

---

[93] Corte Constitucional, Sentencia T-752 de 1998, reiterada en la Sentencia T-887 de 2009.

6.2. *Protección constitucional de las diferentes construcciones de familia*. El artículo 42 de la Constitución Política establece que la familia puede constituirse "*por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por voluntad responsable de conformarla*". Así mismo, en concordancia con el artículo 5 superior, señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, por lo que el Estado y la misma sociedad están llamados a garantizar su protección integral[94].

Igualmente, el referido precepto establece que "*[l]os hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes*"[95], extendiendo de esta manera el principio de igualdad al núcleo familiar[96]. Dicha paridad, exige que se trate con similar respeto y protección a cualquier tipo de familia, prohibiendo todo tipo de discriminación, ya sea contra los hijos o descendientes, sin importar el grado[97].

Con fundamento en lo anterior, y teniendo en cuenta el proceso de constante evolución del concepto, este Tribunal ha dicho que la familia se debe entender como "*aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos*"[98].

En el proceso de construcción de la actual Constitución se indicó que la protección "*no se agotaría en un tipo determinado de familia estructurada a partir de vínculos amparados en ciertas solemnidades religiosas y/o legales, sino que se extendería también a aquellas relaciones que, sin consideración a la naturaleza o a la fuente del vínculo, cumplen con las funciones básicas de la familia […]*"[99].

La Convención Americana sobre Derechos Humanos[100], el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[101] reconocen que la familia "*es el elemento natural y fundamental de la sociedad*"[102], por lo que es obligación de los Estados Parte

---

[94] El artículo 5 de la Constitución Política dispone: "El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad".
[95] Artículo 42, inciso 7º, de la Constitución Política de Colombia.
[96] Corte Constitucional, Sentencias C-1033 de 2002, T-522 de 2011 y T-606 de 2013.
[97] Corte Constitucional, Sentencia C-595 de 1996.
[98] Corte Constitucional, Sentencias C-271 de 2003, C-821 de 2005, C-577 de 2011 y C-241 de 2012.
[99] Subcomisión preparatoria 0405 Informe final. En: Presidencia de la República. "Propuestas de las Comisiones Preparatorias". Bogotá, Colombia, enero de 1991. Pp. 370 y 371.
[100] Este tratado fue ratificado por Colombia el 28 de mayo de 1973.
[101] Dichos tratados fueron ratificados por Colombia el 29 de octubre de 1969, y en ese sentido son vinculantes para el Estado colombiano, que debe cumplir con las obligaciones allí contenidas, en virtud de los principios de buena fe y de *Pacta sunt servanda.*
[102] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10. En el mismo sentido, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23.1, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17.

de dichos tratados conceder la más amplia protección y asistencia posible, así como tomar las medidas que aseguren la igualdad y la protección de los hijos.

En conclusión, la institución familiar, como fundamento de la sociedad, se encuentra protegida por la Constitución y los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que integran el bloque de constitucionalidad, y responde a una construcción dinámica y plural cuyo resguardo no distingue entre las diversas formas de origen, como la biológica, la jurídica o la de hecho[103].

6.3. *Desarrollo jurisprudencial acerca de los diferentes tipos de familia*. De la interpretación de los artículos constitucionales y los instrumentos internacionales referentes a la familia, la jurisprudencia de este Tribunal ha sido consistente en proteger la unidad e integridad del núcleo familiar que surge por diferentes vínculos, ya sea consanguíneos, jurídicos, de hecho o crianza[104].

En la **Sentencia T-523 de 1992** la Sala Primera de Revisión realizó una de las primeras aproximaciones al tema, elevando a principio constitucional la unidad de la familia al señalar que el Estado, tal como lo ordena la Constitución, tiene el deber de asistir y proteger a los niños, de manera que se garantice su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, los cuales son prevalentes[105]. Adicionalmente, concluyó que del texto del artículo 42 superior se derivan las siguientes características:

> "a.- Como bien corresponde a un Estado que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (Art. 7 C.N.) no existe un tipo único y privilegiado de familia sino un pluralismo evidente en los diversos vínculos que la originan, pues ellos pueden ser tanto de carácter natural como de carácter jurídico. También se le reconoce consecuencias a la voluntad responsable de conformar una familia. En estas condiciones, la familia legítima originada en el matrimonio es hoy uno de los tipos posibles.
>
> b.- Es claro, de otra parte, que el Constituyente, consagró un espacio a la familia de hecho en condiciones de igualdad con otros tipos, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 13 de la Carta vigente.
>
> c.- Tanto el Estado como la sociedad garantizan a la familia una protección integral.

---

[103] Corte Constitucional, Sentencia T-071 de 2016.
[104] Sobre la protección constitucional de la familia de crianza, ver las Sentencias T-606 de 2013, T-070 de 2015, T-111 de 2015 y T-074 de 2016, entre otras.
[105] En el mismo sentido, ver la Sentencia T-278 de 1994, entre otras.

> d.- La igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto recíproco entre todos sus integrantes constituyen hoy los fundamentos esenciales de las relaciones familiares.
>
> e.- Cualquier forma de violencia destruye la armonía y unidad de la familia y en consecuencia, será sancionada conforme a la ley.
>
> f.- Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes.
>
> g.- Como núcleo fundamental de la sociedad, la familia tiene que cumplir ineludiblemente, junto con la sociedad y el Estado deberes, tales como asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico integral y el ejercicio pleno de todos sus derechos fundamentales prevalentes, consagrados en el inciso 1o. del artículo 44 de la Carta vigente. Entre ellos, primordialmente, el de tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación, y la protección contra toda forma de abandono o violencia.
>
> h.- Dentro de la división de trabajo propia de la organización social, a la familia corresponde la función natural de preparar debidamente las nuevas generaciones y formar la personalidad del menor.
>
> i.- Se manifiesta claramente en el ordenamiento constitucional vigente la primacía de la familia como el ámbito natural dentro del cual deba realizarse el cuidado y preparación de la infancia. Esta labor no puede ser realizada por instituciones públicas o privadas sino en casos verdaderamente excepcionales en que así lo imponga la necesidad de proteger a niños que no tengan una familia o que se hallen separados de ella, en los términos del artículo 42 de la Carta.
>
> i.- La unidad de la familia es presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos constitucionales prevalentes de [los] niños.
>
> j.- Los derechos de los miembros de la familia deben ser compatibles con los intereses generales prevalentes tanto de la institución misma como de la sociedad colombiana que reconoce en ella su núcleo fundamental"[106].

Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en proteger la unidad e integridad de la familia, como aquella "*[…] primera institución social, que concilia las exigencias de la naturaleza con los imperativos de la razón social*"[107], sin importar los vínculos mediante los cuales surge.

---

[106] Corte Constitucional, Sentencia T-523 de 1992.
[107] Corte Constitucional, Sentencia T-278 de 1994.

Posteriormente, en la **Sentencia T-199 de 1996**, la Sala Novena de Revisión expresó que la Constitución salvaguarda todos los tipos de familia (en esa ocasión, la conformada por compañeros permanentes) sin discriminación alguna, y ello merece todos los esfuerzos del Estado para garantizar su integral y efectiva protección, como unidad fundamental de la sociedad.

En la **Sentencia C-1033 de 2002** la Corte estudió la constitucionalidad del texto del artículo 411 del Código Civil, referente a los titulares del derecho de alimentos, y en sus consideraciones reiteró que "*la Constitución pone en un plano de igualdad a la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos*".

De lo expuesto, la Sala reitera que la protección a la familia no se predica exclusivamente de aquella noción acuñada antes de la Constitución y que atendía a un criterio eminentemente formal, tal como lo resaltó en la **Sentencia T-572 de 2009** en los siguientes términos:

> "Al respecto, conviene precisar que el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, **en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia**, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial. || En tal sentido, recientemente el Consejo de Estado, en sentencia del 2 de septiembre de 2009[108], al momento de determinar la existencia de perjuicios morales, indicó lo siguiente:
>
> > 'la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esta perspectiva, es posible hacer una referencia a las acepciones de '*padres (papá o mamá) de crianza', 'hijos de crianza',* e inclusive de *'abuelos de crianza',* toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes

[108] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2009, M.P. Enrique Gil Botero.

> principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales'" (negrillas originales).

La consideración relativa al *carácter maleable del concepto de familia* fue ampliamente desarrollada en la **Sentencia C-577 de 2011**[109], en la que se retomó la *percepción dinámica y longitudinal de la familia*, en los siguientes términos:

> "A este fenómeno se ha referido la Corte al indicar que "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", de manera que "la fortaleza de los lazos que se gestan en el marco de la familia y la interrelación y dependencia que marcan sus relaciones entre cada uno de sus miembros hace que cada cambio en el ciclo vital de sus componentes altere el entorno familiar y en consecuencia a la familia"[110].
>
> El "carácter maleable de la familia"[111] se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia "de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales"[112], pues, en razón de la variedad, "la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados", por lo que "no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia"[113]".

La citada sentencia señaló que el ámbito de protección superior de las relaciones familiares se circunscribe a las distintas opciones de conformación biológica o social de las mismas, que incorporan modelos monoparentales o biparentales, u otros que derivan de simples relaciones de "crianza". Así las cosas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente en proteger la unidad e integridad del núcleo familiar que surge por diferentes vínculos, bien sean consanguíneos, jurídicos, de hecho o de crianza[114].

---

[109] En esa oportunidad este Tribunal, de un lado, declaró exequible la expresión "un hombre y una mujer", contenida en el artículo 113 del Código Civil, que establece que el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente. De otro lado, exhortó al Congreso de la República para que legislara de manera sistemática y organizada sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, con la finalidad de eliminar el déficit de protección que afecta a las mencionadas parejas.
[110] Cfr. Sentencia T-900 de 2006. Cita original.
[111] *Ibídem.* Cita original.
[112] Cfr. Sentencia T-293 de 2009. Cita original.
[113] Cfr. Sentencia T-900 de 2006. Cita original.
[114] Corte Constitucional, Sentencia T-942 de 2014.

En la **Sentencia C-026 de 2016** esta Corporación nuevamente precisó que no existe un concepto único y excluyente de familia, destacando que aquella no puede restringirse exclusivamente a las conformadas en virtud de vínculos jurídicos o biológicos, sino que se extiende también a las relaciones de hecho que surgen a partir de la convivencia y que se fundan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad, aspectos conforme a los cuales se promueve el cumplimiento de un proyecto de vida en común y la realización personal de cada uno de sus integrantes. Al respecto, el Tribunal manifestó:

> "[…] el ámbito de protección constitucional especial reconocido a la familia se hace explícito, entre otros aspectos: **(i)** en la prohibición a toda forma de discriminación por el origen familiar (C.P. art. 13); **(ii)** en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia (C.P arts. 15 y 42); **(iii)** en la garantía otorgada a la familia a no ser molestada, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (C.P. art. 28); **(iv)** en el derecho a la no incriminación familiar (C.P. art. 33); **(v)** en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en el respeto entre todos sus integrantes (C.P. art. 42); **(vi)** en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma (C.P. art. 42); **(vii**) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar (C.P. art. 42); **(viii)** en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener (C.P. art. 42); **(ix)** en la igualdad en derechos y oportunidades entre la mujer y el hombre y el deber de apoyar "de manera especial a la mujer cabeza de familia" (C.P. art. 43); y **(x)** en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos (C.P: art. 44)" (negrillas originales).

De lo expuesto, es claro para esta Sala de Revisión que el concepto constitucional de la familia no se limita a aquella del modelo clásico compuesta por vínculos de consanguinidad (acepción tradicional), "*sino que abarca todas aquellas formas de unidad social fundamental en la que se inserte el niño, incluso extendiéndose a la familia ampliada*"[115]. Se trata, entonces, de una concepción incluyente que se extiende tanto a las familias conformadas en

---

[115] Corte Constitucional, Sentencia C-569 de 2016. El término de familia ampliada fue acuñado en la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989, artículo 5, que dispone: "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención."

virtud de vínculos jurídicos o consanguíneos, "*atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia*"[116], donde aspectos como la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos consolidan el núcleo familiar, por lo que el ordenamiento jurídico y los jueces que lo interpretan y lo aplican deben reconocer y proteger los derechos y prerrogativas de los integrantes de tales familias (monoparentales, familias de crianza, familia extendida, familia ensamblada y familias homoparentales[117]).

7. Protección integral constitucional de la familia de crianza[118]

7.1. Teniendo en cuenta lo explicado en el acápite anterior, la Sala observa que la protección especial reconocida a la familia por la Constitución y el derecho internacional, no se limita a aquella del modelo clásico compuesta por vínculos de consanguinidad, sino que se extiende a otras estructuras, conformadas por lazos jurídicos o de hecho, que surgen a partir de la convivencia y que se basan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad[119].

En la **Sentencia T-252 de 2016**, la Sala Octava de Revisión explicó que algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la familia de crianza coinciden en afirmar que el padre o la madre de crianza no tienen vínculo jurídico o de consanguinidad con el hijo de crianza. En ese orden de ideas, se apoyó en el antecedente según el cual "*[l]as familias conformadas por padres e hijos de crianza han sido definidas por la jurisprudencia constitucional como aquellas que nacen por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, pero no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos*"[120].

Sin embargo, este Tribunal también ha señalado que las familias de crianza puedan tener algún tipo de parentesco vía consanguinidad, en eventos excepcionales en los que su desconocimiento podría implicar la afectación de derechos y prerrogativas en condiciones de igualdad[121]. Así, aunque las familias de crianza se diferencian de las familias consanguíneas y jurídicas, no son necesariamente excluyentes por la manera en que las diferentes clasificaciones pueden relacionarse y concurrir unas con otras. En todo caso, se privilegia la idea de que las familias de crianza surgen por presupuestos sustanciales y no formales, en donde prima la materialidad de la relación de afecto.

---

[116] Corte Constitucional, Sentencia T-606 de 2013

[117] Corte Constitucional, Sentencia SU-214 de 2016. Sobre el reconocimiento constitucional de la familia, a partir de contrato matrimonial, de crianza, extendida, monoparental, ensamblada y uniones de hecho, ver las Sentencias C-071 de 2015, T-233 de 2015 y T-292 de 2016, entre otras.

[118] Algunos apartes son tomados de la Sentencia T-316 de 2017. En esa oportunidad la Sala Cuarta de Revisión protegió los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social de un adolescente, al concederle el beneficio de la sustitución pensional de su abuelo, quien se había convertido en su padre de crianza ante el abandono de su madre desde su nacimiento.

[119] Sobre el concepto de familia ver las Sentencias C-577 de 2011, T-070 de 2015, C-026 de 2016, T-292 de 2016 y C-569 de 2016, entre otras.

[120] Corte Constitucional, Sentencia T-070 de 2015.

[121] Corte Constitucional, Sentencias T-252 de 2016 y T-316 de 2017.

7.2. *Garantías de igualdad entre la pluralidad de familias: concepto de* "*hijo de crianza*"[122]. Se reitera que el ordenamiento jurídico concede a todas las tipologías de familia una especial protección manifestada en una serie de reconocimientos y prestaciones que deben ser brindados en paridad para todas, en virtud del principio de igualdad. Lo contrario, implicaría un desconocimiento de la prohibición de discriminación de las diversas formas de familia y de las salvaguardas que han concebido la Constitución y la ley a esta institución, con la posible afectación de la unidad familiar que, además, puede poner en riesgo los derechos de sus miembros, especialmente de los hijos.

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 biológicos, sino por situaciones de facto consolidadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, respeto, protección, ayuda mutua, comprensión y solidaridad, y en las cuales pueden identificarse como padres o abuelos de crianza a los cuidadores que ejercen la autoridad parental. Esos nexos de crianza también son destinatarios de las medidas de amparo a la familia fijadas en la Constitucional y la ley[123].

En atención a lo anterior, con el fin de salvaguardar la institución de la familia de crianza, el juez constitucional deberá:

(i) Verificar la existencia efectiva de lazos de afecto, respeto, protección, ayuda mutua, comprensión y solidaridad, así como la asunción de manera consistente y periódica, debidamente probada, de obligaciones que corresponderían a los padres biológicos, por parte de otra persona de la familia (biológica, de crianza, extendida o ensamblada) en virtud del principio de solidaridad (artículos 1 y 95-2 superiores)[124].

(ii) Realizar una interpretación constitucional –específicamente de acuerdo con el valor constitucional de la solidaridad[125]– de la expresión "hijos" contenida en los respectivos regímenes aplicables.

---

[122] Se sigue de cerca la Sentencia T-316 de 2017, ya citada.
[123] Corte Constitucional, Sentencia T-606 de 2013.
[124] En concordancia con el texto constitucional, la Corte en la Sentencia C-237 de 1997 determinó el alcance de este deber: "El deber de solidaridad del Estado ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo. En virtud de tal deber, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad […]. Pero, el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental. **Entre los particulares, dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad**" (negrillas fuera texto).
[125] Este Tribunal en la Sentencia C-459 de 2004 manifestó que "la solidaridad es un valor constitucional que en cuanto fundamento de la organización política presenta una triple dimensión, a saber: (i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; (iii) como un límite a los derechos propios".

7.3. *Jurisprudencia constitucional*[126]. Por ser relevante para la solución del caso concreto, la Sala hará referencia a algunas decisiones de tutela, en las que se ha extendido la protección constitucional de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, a las familias de crianza.

En la **Sentencia T-907 de 2004**, la Sala Tercera de Revisión amparó los derechos a la salud, la seguridad social y la igualdad de un niño dado en custodia por el ICBF a la abuela pensionada de las fuerzas militares, a quien la Dirección de Sanidad no inscribió como beneficiario, por existir una disposición que no permitía la inclusión de nietos en dicha calidad. Consideró que el hecho de que el director general de sanidad militar hubiese invocado la ausencia de una disposición normativa expresa sobre la inscripción de nietos como beneficiarios al subsistema de salud de las fuerzas militares, revelaba una aplicación literal de la norma legal, sin duda de buena fe, pero que no se compadecía con la finalidad de la misma, ni con el contexto dentro del cual se elevó la petición.

En efecto, al negarse la petición la entidad desconoció tanto *(i)* la realidad fáctica y jurídica que se presentaba a su conocimiento, consistente en la permanencia del niño bajo el cuidado de su abuela durante toda su vida y la formalización legal de dicha situación mediante el otorgamiento de la custodia y cuidado personal; como *(ii)* el alcance de las obligaciones que adquirió la abuela frente a su nieto.

En la **Sentencia T-615 de 2007**, la Sala Cuarta de Revisión amparó los derechos a la salud, la seguridad social y la igualdad de una niña que, tras ser abandonada por sus padres, fue acogida por la abuela materna, quien se hizo cargo de ella y desde su nacimiento asumió las obligaciones derivadas de su cuidado. En ese ejercicio parental, en su calidad de docente, solicitó la afiliación de la nieta como su beneficiaria al sistema de salud, pero la entidad lo negó aduciendo que para el efecto se requería adelantar un proceso de guarda y representación legal para poderla afiliar como hija adoptiva.

En esa ocasión, la Sala concluyó que existió vulneración de los derechos fundamentales de la niña, al determinar que el alcance dado a la normativa que regula el Régimen Especial de Seguridad Social en Salud de los Docentes Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme a la Constitución, ni dio aplicación a este al estudiar la petición presentada por la demandante.

En la **Sentencia T-074 de 2016**, la Sala Octava de Revisión abordó el estudio del reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes y sus beneficiarios, en relación con la figura familiar de crianza abuelo-nieto, bajo el entendido de que en los eventos en que una persona de la familia biológica asume las responsabilidades económicas, actúa en virtud del principio de solidaridad, aunque no exista un reemplazo de los vínculos con los ascendientes

[126] Algunos apartes son tomados de la Sentencia T-316 de 2017, ya citada.

de un niño, niña o adolescente.

En consecuencia, la Sala concluyó que los hijos de co-crianza (por asunción solidaria de la paternidad) son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes al igual que lo son los hijos biológicos, adoptivos y de crianza simple, toda vez que el derecho debe ajustarse a las realidades jurídicas, reconociendo y brindando protección a aquellas relaciones en donde las personas no solo se encuentran unidas por vínculos jurídicos o consanguíneos. En razón de ello, concedió el amparo solicitado y ordenó a la entidad accionada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en favor del niño representado, como *hijo de co-crianza del causante*.

En la **Sentencia T-525 de 2016**, la Sala Sexta de Revisión estudió el caso en que se le atribuyó a Colpensiones la vulneración de derechos fundamentales, como consecuencia de no conceder al accionante y a su hermana menor de edad la sustitución pensional de su abuelo, de quien alegaban ser hijos de crianza. La Sala explicó que el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de los presupuestos mancomunados que se encuentran en las *familias de crianza*, a saber: solidaridad; reemplazo de la figura paterna o materna (o ambas); dependencia económica; vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección; reconocimiento de la relación padre y/o madre e hijo; existencia de un término razonable de relación afectiva entre padres e hijos; y afectación del principio de igualdad.

En esa ocasión, la Sala concluyó que los accionantes cumplían con las características necesarias para ser considerados como hijos de crianza del abuelo paterno, con quien habían construido un vínculo que trascendió de la mera cooperación económica y se hizo verificable en términos emocionales y de afecto y que, por ello, eran sujetos de derecho de todos los beneficios que en materia de seguridad social se desprendían de su muerte. Así, concedió la protección solicitada y ordenó a la entidad accionada reconocer la prestación reclamada.

En la **Sentencia T-316 de 2017**, la Sala Cuarta de Revisión estudió un caso en el que se le atribuía a Ecopetrol la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social de un adolescente, ante la negativa de reconocerle la sustitución pensional de su abuelo, alegando la existencia de un régimen especial en el que los nietos del causante no están contemplados como beneficiarios de dicha prestación, pese a que cumplía los supuestos configurativos de un hijo de crianza.

Luego de señalar que se vulnera la unidad familiar cuando se desconocen las relaciones que surgen entre padres e hijos de crianza, dado que la Constitución Política proscribe toda clase de discriminación derivada de la clase de vínculo que da origen a la familia; además, que cuando no se reconoce el acceso a la pensión de sobrevivientes, en casos de menores e hijos dependientes, se vulneran los derechos a la dignidad y al mínimo vital, le concedió al agenciado

el beneficio de la sustitución pensional de su abuelo, quien se había convertido en su padre de crianza ante el abandono de su madre desde su nacimiento.

Finalmente, en la **Sentencia T-281 de 2018** la Sala Octava de Revisión abordó un caso en el que se solicitaba la sustitución pensional de un *sobrino político* del causante, a cargo de una empresa privada. En dicha oportunidad, determinó que se acreditaban los presupuestos para el acceso a la sustitución pensional por tratarse de una familia de crianza.

También, concluyó que se observaba una afectación del principio de igualdad, toda vez que la negativa de la empresa demandada de reconocer la prestación se fundamentó, únicamente, en que el agenciado no era hijo natural del causante. Dicha afirmación, como lo ha reconocido la jurisprudencia, implica una discriminación que desconoce la garantía de igualdad a que tienen derecho todos los tipos de familia. Lo anterior, con base también en lo señalado en la **Sentencia T-292 de 2016**, que estableció:

> "El concepto de esta institución social [la familia] puede estudiarse, entre otras, desde dos ópticas, por lo general, complementarias entre sí. La primera, concibiéndola como un conjunto de personas emparentadas por vínculos naturales o jurídicos, unidas por lazos de solidaridad, amor y respeto, y caracterizadas por la unidad de vida o de destino, presupuestos que, en su mayoría, se han mantenido constantes. La segunda, se puede desarrollar en consideración a sus integrantes, desde esta perspectiva el concepto de familia se ha visto permeado por una realidad sociológica cambiante que ha modificado su estructura. En este sentido se ha señalado que 'el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo', porque "en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial".

Igualmente, resulta pertinente resaltar lo señalado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de mayo de 2018, al resolver una acción de tutela presentada en contra del Juzgado de Familia de Soacha, Cundinamarca, por rechazar una demanda presentada con el objeto de que se reconociera a los demandantes como padres de crianza. El argumento bajo el cual la autoridad judicial accionada adoptó dicha decisión obedecía a que la figura de los padres de crianza no estaba dispuesta en la ley y, por tanto, no existía procedimiento para su trámite. De igual manera, sostuvo que no se allegó la respectiva prueba de ADN que demostrara los lazos de consanguinidad para reconocer lo pretendido[127].

---

[127] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC6009-2018 del 9 de mayo de 2018. Al respecto, también puede ser consultada la Sentencia T-281 de 2018.

Para analizar el asunto, la Corte Suprema de Justicia señaló que la familia no solo se constituye por vínculos jurídicos o biológicos, sino también por relaciones de hecho o de crianza, que se basan en la "*solidaridad, el amor, la protección, el respeto, en cada una de las manifestaciones inequívocas del significado ontológico de una familia*"[128]. Como fundamento, citó las múltiples decisiones de la Corte Constitucional sobre la materia y también jurisprudencia del Consejo de Estado en la que se determinó:

> "[L]a familia no solo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. […]. [L]a familia no se configura solo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente, también a factores sociológicos y culturales"[129].

Así, bajo la premisa de que el vínculo de crianza constituye una forma de familia y, por tanto, debe ser amparada con los mismos derechos que otros tipos de familia, concluyó que no había causal legal para proceder al rechazo de la demanda y, en ese orden, procedió a conceder el amparo pretendido.

En conclusión, se puede afirmar que la familia de crianza constituye una importante figura de protección de aquellos niños, niñas y adolescentes que no están con sus padres biológicos, ya sea por su abandono, por su fallecimiento, por el padecimiento de enfermedades graves físicas o mentales que les impidan el ejercicio de sus deberes, o por la imposibilidad de asumir las cargas económicas de la crianza. Lo anterior, porque esos niños, niñas y adolescentes son acogidos de manera voluntaria por otras personas con quienes se genera una relación padre/madre e hijo, sin la intervención del Estado, basada en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad[130]. Así, es claro que las familias de crianza deben ser beneficiarias de los mismos derechos que los otros tipos de familia. En esa medida, cuentan con la expectativa de que van a recibir el mismo trato que cualquier otro núcleo familiar ya sea en temas relacionados con indemnizaciones, prestaciones sociales o servicios de salud, entre otros.

---

[128] *Ibídem*.
[129] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia SCE del 2 de septiembre de 2009, radicado 17997, reiterada en la sentencia SCE del 11 julio de 2013, rad. 31252.
[130] Corte Constitucional, Sentencia T-281 de 2018.

8. Caso concreto

8.1. Pasa la Sala a analizar si, efectivamente, la EPS Sanitas S.A. vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de MIEH, de 11 años, al negarle la afiliación como beneficiaria de la señora LMDS, en el marco de su contrato de salud en el régimen contributivo, por considerar que la niña no hace parte de su núcleo familiar, en virtud del Decreto 780 de 2016, pese a la manifestación realizada por la solicitante en el sentido de que es su hija de crianza.

8.2. En el expediente se evidencia que, el 7 de febrero de 2018, la agente oficiosa de MIEH, señora LMDS, solicitó ante la EPS Sanitas S.A. la afiliación de la niña en calidad de beneficiaria de su contrato de salud en el régimen contributivo, como su hija de crianza.

El día 15 de febrero de ese mismo año, la entidad respondió que era necesario que la señora LMDS allegara los documentos que acreditaran que la niña se encontraba bajo su custodia. Ante dicha solicitud, el 16 de marzo de 2018, la demandante argumentó que los hijos de crianza deben ser afiliados por las respectivas entidades prestadoras del servicio de salud. A pesar de ello, el 21 de marzo siguiente, la EPS Sanitas S.A. reiteró que para la afiliación era necesario aportar el certificado de adopción o el acta de entrega de la niña, emitido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o la entidad autorizada para ello, de acuerdo con el artículo 22.4 del Decreto 2353 de 2015[131].

8.3. En la respuesta a la acción de tutela, la EPS demandada manifestó que para proceder a la afiliación solicitada por la peticionaria debía contar con la custodia legal de la niña, expedida por la autoridad competente. Ello, en virtud del numeral 9º del artículo 2.1.3.6 del Decreto 780 de 2016[132], el cual enuncia quienes se entienden parte del núcleo familiar del afiliado cotizante para efectos de la inscripción de los beneficiarios en el régimen contributivo. En consecuencia, sostuvo que los hijos de crianza no hacen parte del grupo familiar básico y, bajo ese orden, no es posible proceder a la afiliación pretendida por la demandante.

8.4. En el *Informe de valoración sociofamiliar de verificación de derechos*[133] realizado a la señora LMDS y su grupo familiar, el 23 de julio de 2018, por parte del Centro Zonal Garzón de la Regional Huila del ICBF, se indicó que MIEH, de 11 años[134], "*es hija de [SEH] quien al parecer tiene problemas mentales [y se encuentra] recluida en un centro de salud mental*"[135], además,

---

[131] "Por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud".
[132] "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social".
[133] Folios 65 a 70.
[134] En el informe del ICBF se indica que la niña nació el 13 de diciembre de 2007 (folio 65).
[135] Folio 67.

que "*la abuela materna [de la niña] señora [AAEH], residente en Bogotá, tiene a su cargo un hijo de [SEH]*"[136]. Asimismo se expuso que MIEH nació en un momento de crisis de la madre, situación que fue conocida por la señora LMDS, quien se puso en contacto con la abuela biológica de la niña, AAEH, con el fin de ofrecerle su ayuda para el cuidado de la niña. Es por ello que nombraron a ESM, hija de la demandante, y a su cónyuge PDR, padrinos de bautismo de MIEH.

Adicionalmente, en el informe se indicó que los primeros cuatro años MIEH estuvo a cargo de su abuela biológica AAEH, en la ciudad de Bogotá, y que de manera intermitente compartía con los padrinos en Garzón, Huila. Con todo, se señaló que desde hace seis años la niña fue dejada a cargo de los padrinos y la señora LMDS, quienes le brindan la protección necesaria[137]. Aparece también una afirmación en el sentido de que desde hace más de año y medio "*no tienen conocimiento de la ubicación de la familia biológica de [MIEH], [y que] no se comunican por ningún medio*"[138].

También se expuso que la niña identifica a sus padrinos como sus padres de crianza y a LMDS como su abuela de crianza, lo que evidencia una relación cordial de familia y un vínculo afectivo fusionado. Igualmente, que la niña reconoce a la señora LMDS como la autoridad del hogar, es receptiva, asume las normas establecidas por la familia de crianza y tiene un buen rendimiento escolar[139].

En cuanto al aspecto económico, en el informe realizado por el Centro Zonal Garzón se señaló que los ingresos económicos provienen de las mesadas pensionales de los padrinos de MIEH y de la señora LMDS, y que todos están afiliados a la EPS Sanitas S.A., en el régimen contributivo. Además, se indicó que la niña cuenta con registro civil de nacimiento, tarjeta de identidad y con una familia que le garantiza el vestuario, la educación, la vivienda, la recreación, la alimentación y un ambiente sano. Sin embargo, se resaltó como factor de vulnerabilidad el hecho de que si bien la niña se encuentra afiliada a Capital Salud EPS, esta no presta sus servicios en el municipio de Garzón, lugar donde actualmente reside, por lo que solo cuenta con el servicio de urgencias, y que la familia de crianza se ve en la obligación de acudir a médicos particulares cuando lo ha requerido.

8.5. De las circunstancias fácticas expuestas, pasa la Sala a analizar si en el presente caso se cumplen los presupuestos establecidos en múltiples sentencias

---

[136] *Ibídem*.
[137] *Ibídem*. Se precisa que "[l]a señora [LMDS] es viuda y vive con su hija [ESM] y el esposo [PDR] [quienes llevan] un matrimonio establecido hace más de 30 años, no tiene[n] en el momento hijos biológicos[,] con una relación adecuada y fusionada entre los miembros" (folio 67).
[138] *Ibídem*.
[139] Folio 68.

de este Tribunal, en especial la **Sentencia T-525 de 2016**[140], para que se reconozca la familia de crianza.

(i) En relación con la **solidaridad**, según el *Informe de valoración sociofamiliar de verificación de derechos*[141], fechado el 23 de julio de 2018, elaborado con ocasión de la visita realizada por funcionarios del ICBF a la señora LMDS y su grupo familiar, al ver la precaria situación en la que se encontraba la familia de MIEH, la señora LMDS ofreció su ayuda para el cuidado de la niña. Desde hace más de seis años MIEH se encuentra al cuidado de sus padrinos, ESM y PDR, y de LMDS, y por el transcurso del tiempo se ha perdido todo contacto con su familia biológica[142]. En ese orden de ideas, ha sido la señora LMDS junto con su familia, quienes le han brindado de manera constante a la niña todo el cuidado necesario y el apoyo emocional y material, permitiéndole un desarrollo adecuado, según descripción del ICBF. Por tal motivo, la Sala encuentra satisfecho el presupuesto de la solidaridad.

(ii) El **reemplazo de la figura paterna, materna o ambas** también se evidencia, pues según el *Informe de valoración sociofamiliar de verificación de derechos*[143], "*[MIEH] hace parte de un grupo familiar de tipología ampliada estructurada por la señora [LMDS], la señora [ESM] y el esposo [PDR], estos últimos los padrinos, quienes han garantizado a [MIEH] los derechos a la educación, vivienda digna, alimentación, ambiente sano*" (concepto de valoración socio familiar)[144]. Así, de acuerdo con los datos recopilados por el

---

[140] En la Sentencia T-316 de 2017 (numeral 11.2) se resumen los presupuestos mancomunados que se encuentran en las familias de crianza, según fueron expuestos en la Sentencia T-525 de 2016, en los siguientes términos: "(i) La solidaridad, que se evalúa en la causa que motivó al padre o madre de crianza a generar una cercanía con el hijo que deciden hacer parte del hogar y al cual brindan un apoyo emocional y material constante, y determinante para su adecuado desarrollo. || (ii) Reemplazo de la figura paterna o materna (o ambas), por los denominados padres y madres de crianza. || (iii) La dependencia económica, que se genera entre padres e hijos de crianza que hace que estos últimos no puedan tener un adecuado desarrollo y condiciones de vida digna sin la intervención de quienes asumen el rol de padres. || (iv) Vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección, que se pueden verificar con la afectación moral y emocional que llegan a sufrir los miembros de la familia de crianza en caso de ser separados, así como en la buena interacción durante el día a día. || (v) Reconocimiento de la relación padre y/o madre, e hijo, que exista, al menos implícitamente, por parte de los integrantes de la familia y la cual debe ser observada con facilidad por los agentes externos al hogar. || (vi) Existencia de un término razonable de relación afectiva entre padres e hijos, que permita determinar la conformación de relaciones familiares. || (vii) Afectación del principio de igualdad, que configura idénticas consecuencias legales para las familias de crianza, como para las biológicas y jurídicas, en cuanto a obligaciones y derechos y, por tanto, el correlativo surgimiento de la protección constitucional".

[141] El informe fue realizado por parte del Centro Zonal Garzón de la Regional Huila del ICBF (folios 65 a 70).

[142] En la actuación de verificación de derechos de MIEH adelantada por el Centro Zonal Engativá de la Regional Bogotá del ICBF, quedó constancia de que la abuela materna, quien inicialmente estaba a cargo de la niña y que también tiene a cargo a su hermano JDEH, permanentemente cambia de domicilio. Así, la pérdida de contacto con la familia fue la razón por la cual se cerró el procedimiento de restablecimiento de derechos, según el auto del 23 de enero de 2013, por lo que no fue posible continuar las visitas de seguimiento para la observación nutricional de MIEH, por parte del equipo psicosocial de la Defensoría de Familia.

[143] Folios 65 a 70.

[144] Folio 70. En igual sentido, en el *Informe de valoración psicológica de verificación de derechos*, fechado el 23 de julio de 2018, se indica: "[MIEH] hace parte de grupo familiar de tipología ampliada estructurada por la señora [LMDS], [ESM] y su esposo [PDR] los cuales son sus padrinos de bautizo, y de igual forma han garantizado a la niña el derecho a la educación, vivienda digna, alimentación, educación dentro de un ambiente sano, los mismos son los que establecen las normas y pautas de crianza, la niña está vinculada a una EPS que no se encuentra en el Municipio de Garzón por lo que se evidencia no logra recibir servicio[s] de salud requeridos a tiempo, el objeto principal es que la EPS Capital Salud busque la manera de darle solución oportuna al derecho evidentemente amenazado de la niña […]" (folio 77). El informe está firmado por la psicóloga del ICBF María Cristina Joven Bermeo.

equipo técnico del ICBF, la niña reconoce a sus padrinos como sus padres de crianza y a la señora LMDS como su abuela de crianza y autoridad del hogar. Ello, aunado a que hace más de un año y medio se perdió todo tipo de contacto con su familia biológica.

En la visita social realizada por la Defensoría Segunda de Familia del Centro Zonal Garzón de la Regional Huila del ICBF, en julio de 2018, por solicitud del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón, se reafirmó que la niña MIEH "*cuenta con familia de crianza para su cuidado y protección, cuenta con registro civil, tarjeta de identidad, vinculación al sector educativo y la familia garantiza derechos en vestuario, vivienda y recreación*"[145].

(iii) Como consecuencia de lo anterior, es claro que la niña **depende económicamente** de su familia de crianza, pues son sus miembros, todos pensionados, quienes le brindan vivienda, alimentación, vestuario, educación, entre otros, y, en vista de que no cuenta con un servicio de salud integral, han asumido los gastos de las citas médicas y odontológicas requeridas para la atención adecuada en salud de MIEH.

En la actualidad la niña se encuentra estudiando en el Colegio ALAS y, según constancia expedida por el director de la institución, el 25 de septiembre de 2017, la señora LMDS "*reporta en [los] registros como representante de la menor [MIEH] […y] es la persona que ha respondido [por ella]*"[146].

(iv) Ahora bien, en relación con la existencia de **vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección**, según el informe ampliamente referido[147], el ICBF constató, de un lado, que la niña comprende la dinámica de la familia de crianza, "*es normativa, receptiva, asume las normas establecidas por su familia de crianza, [y] a nivel académico […] tiene buen rendimiento escolar*"[148]; de otro lado, que en la familia de crianza de MIEH existen vínculos afectivos fusionados y relaciones cordiales entre todos sus miembros[149], que la niña participa en las celebraciones de fechas especiales, cumpleaños y eventos importantes para la familia, y que se programan eventos recreativos en familia[150].

Adicionalmente, en el *Informe de valoración psicológica de verificación de derechos* realizada a MIEH, por parte de una psicóloga del ICBF[151], fechado el 23 de julio de 2018, se indica que "*[s]e reconoce el vínculo afectivo entre la niña [MIEH] y su núcleo familiar extenso de crianza, en el cual le han garantizado todos sus derechos, la niña se siente protegida*"[152].

---

[145] Folio 89, reverso, del cuaderno de revisión.
[146] Folio 6.
[147] Folios 65 al 70.
[148] Folio 68.
[149] Folio 70.
[150] Folio 68.
[151] Psicóloga María Cristina Joven Bermeo. Folios 71 al 78.
[152] Folio 78.

Así las cosas, la Sala encuentra probado que en la familia de crianza de MIEH existen vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección que se han consolidado apartir de una convivencia de más de seis años.

(v) En esa misma línea, en lo que tiene que ver con **la existencia de una relación de madre/padre e hijo**, el Centro Zonal Garzón de la Regional Huila del ICBF en reiteradas ocasiones señaló que MIEH hace parte de un grupo familiar de tipología ampliada, en donde identifica a ESM y PDR como sus padres de crianza, y a la señora LMDS como su abuela de crianza, a quien, además, reconoce como la autoridad de la casa. Adicionalmente, corroboró que en la actualidad MIEH no tiene ningún vínculo con su familia biológica.

(vi) Todo lo descrito con anterioridad permite confirmar la **existencia de un término razonable de relación afectiva entre MIEH y sus padres y abuela de crianza**, pues de las pruebas documentales obrantes en el expediente se evidencia que el vínculo afectivo se ha venido construyendo desde los primeros años de vida de MIEH, cuando voluntariamente el núcleo familiar de la señora LMDS se involucró con el cuidado de la niña, lo que hizo posible que ESM y PDR fueran nombrados como sus padrinos de bautizo. Esa relación afectiva ha perdurado en el tiempo y se ha consolidado gracias a una convivencia de más de seis años, que se basa en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad entre los miembros de la familia de crianza.

(vii) Finalmente, en cuanto a la **afectación del derecho a la igualdad**, se advierte que Sanitas EPS negó la afiliación de MIEH como beneficiaria de la señora LMDS, en el marco de su contrato de salud en el régimen contributivo. En un primer momento, bajo el argumento de que es necesario que se acredite la custodia legal de los menores de 18 años, para efectos de la inscripción de beneficiarios como parte del núcleo familiar del afiliado cotizante, en virtud del numeral 9º del artículo 2.1.3.6 del Decreto 780 de 2016[153]. En un segundo momento, señalando que para la afiliación era necesario aportar el certificado de adopción o el acta de entrega de la niña, emitido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o la entidad autorizada para ello, de acuerdo con el artículo 22.4 del Decreto 2353 de 2015[154]. Lo anterior, sin tomar en consideración la afirmación realizada por la señora LMDS en el sentido de que MIEH era su hija de crianza.

Con todo, como se observó de las pruebas aportadas al proceso, la accionante funge como la abuela de crianza de la niña, y ESM y PDR como sus padres de crianza. Así las cosas, no es irrazonable que como la solicitud de afiliación la hizo la señora LMDS, se encause su trámite aplicando el numeral 9º del artículo

---

[153] El artículo 2.1.3.6 del Decreto 780 de 2016 dispone: "Para efectos de la inscripción de los beneficiarios, el núcleo familiar del afiliado cotizante estará constituido por: || […] 9. Los menores de dieciocho (18) años entregados en custodia legal por la autoridad competente". Ver la respuesta dada por la EPS Sanitas S.A. el 15 de febrero de 2018 (folio 10).

[154] Ver la respuesta dada por la EPS Sanitas S.A. el 21 de marzo de 2018 (folio 8). Disposición que es correspondiente con el artículo 2.1.3.7., numeral 4º, del Decreto 780 de 2016.

2.1.3.6 del Decreto 780 de 2016, que hace referencia a los beneficiarios menores de dieciocho años entregados en custodia legal por la autoridad competente, con miras a establecer la composición del núcleo familiar para efectos de la inscripción de los beneficiarios del afiliado cotizante.

Ahora bien, no se entiende por qué la EPS Sanitas S.A., en su segunda respuesta[155], le exigió a la señora LMDS el cumplimiento de un requisito que no se compadece con la situación fáctica por ella planteada, esto es, la existencia de una familia de crianza, al requerirle el acatamiento del artículo 22, numeral 4º, del Decreto 2353 de 2015, que, para efectos de afiliación, refiere a la acreditación de "*[l]a calidad de hijo adoptivo mediante el certificado de adopción o entrega del menor, emitido por el Instituto Colombiano de Bienestar o entidad autorizada*".

Si se considera que una faceta importante del derecho a la salud es la que está relacionada con la obligación de las Entidades Prestadoras de Salud de ofrecer a sus usuarios información, guía y acompañamiento[156], en ese específico aspecto falló la EPS Sanitas S.A., pues las respuestas a la petición de la señora LMDS plantean diversos tratamientos que generan confusión: primero, se le exigió a la afiliada cotizante que demuestre que tiene la custodia de MIEH y, segundo, que acredite la calidad de hija adoptiva. Lo anterior, con una desatención del elemento principal afirmado en el sentido de que se trata de una familia de crianza.

Lo anterior es de suma importancia porque si la EPS Sanitas S.A. hubiera adelantado el trámite con la debida diligencia y eficiencia, máxime cuando se trataba de la garantía del derecho a la salud de una niña, que es sujeto de especial protección constitucional y cuyos derechos tienen primacía en relación con los derechos de los demás (art. 44 C.P.), hubiera podido contar con información relevante para brindar una guía y acompañamiento a la familia de crianza, que agilizara la protección del derecho a la salud de MIEH, garantizando en igualdad de condiciones los mismos derechos de los que gozan los demás tipos de familia, como las biológicas y jurídicas.

El Decreto 780 de 2016, en su artículo 2.1.1.3, establece la figura del *afiliado adicional*, entendiendo que se encuentra en esta categoría la persona que, por no cumplir los requisitos para ser cotizante o beneficiaria en el régimen contributivo, puede ser inscrita en el núcleo familiar de un afiliado cotizante mediante el pago de una Unidad de Pago por Capitación (UPC) adicional[157]. Tomando en consideración esta figura, era posible que la EPS accionada le suministrara información relevante a la afiliada cotizante para que encausara su

---

[155] Folio 8.
[156] Corte Constitucional, Sentencia T-528 de 2014.
[157] El artículo 2.1.1.3 del Decreto 780 de 2016 dispone: "3. Afiliado adicional. Es la persona que, por no cumplir los requisitos para ser cotizante o beneficiario en el régimen contributivo, conforme a lo previsto en la presente Parte se inscribe en el núcleo familiar de un afiliado cotizante mediante el pago de una UPC adicional". Según se informó en la línea de atención al usuario de la EPS Sanitas S.A., Bogotá, para el año 2019, la UPC correspondiente a la afiliación de una niña de 11 años en la ciudad de Garzón, Huila, tiene un valor de $30.700.

solicitud, mientras daba cumplimiento al requisito de contar con la custodia legal de MIEH.

Debe recordarse que, de acuerdo con el artículo 10 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en la atención, cuidado y protección de los niños, las niñas y los adolescentes. En ese orden, todos se encuentran en la obligación de garantizar el derecho a la salud, en sus diferentes niveles, roles y funciones.

Se resalta que si bien MIEH se encuentra afiliada al régimen subsidiado en salud a través de Capital Salud EPS[158], el ICBF constató que el servicio que recibe es deficiente, debido a que dicha entidad no tiene cobertura en el municipio de Garzón donde actualmente reside, por lo que únicamente cuenta con el servicio de urgencias y, en ocasiones, ha sido necesario que su familia de crianza asuma los gastos de las consultas médicas y odontológicas necesarias para la adecuada atención en salud de la niña.

La idea, entonces, es que las peticiones a través de las cuales se procura garantizar el desarrollo armónico e integral de los niños, las niñas y los adolescentes y el ejercicio pleno de sus derechos, sean atendidas con la diligencia y eficiencia debida en cumplimiento del principio de su interés superior (art. 8 Código de la Infancia y la Adolescencia), y que se acuda a los criterios fácticos y jurídicos fijados por la jurisprudencia constitucional para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen sus derechos[159].

8.6. En consecuencia, para la Sala es claro que existe una vulneración del derecho a la salud de la niña MIEH, y dado que se trata de una persona de especial protección constitucional a quien, además, debe garantizarse la prevalencia de sus derechos, es urgente que se proceda a su asistencia y protección para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Así las cosas, se ordenará a la EPS Sanitas S.A. que, en caso de contar con la autorización de la señora LMDS, proceda a afiliar a MIEH como afiliada adicional en el marco de su contrato de salud, hasta que se pueda dar cumplimiento al requisito establecido en el numeral 9º del artículo 2.1.3.6 del Decreto 780 de 2016, momento en el cual la niña pasará a ser beneficiaria de la afiliada cotizante. Una vez realizada la afiliación, se exhortará a dicha EPS a que garantice la prestación de los servicios de salud que la niña requiera para su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

8.7. En el curso de la acción de tutela se puso de presente la dificultad para obtener la desafiliación de MIEH del régimen subsidiado, debido a que es necesario que dicho trámite sea adelantado por la abuela biológica de la niña.

---

[158] Folio 49 del cuaderno de revisión.
[159] Corte Constitucional, Sentencias T-387 de 2016 y T-005 de 2018.

Con todo, en el presente caso dicho requisito exigido por Capital Salud EPS debe ceder ante la necesidad de proteger el interés superior de la niña.

En consecuencia, una vez realizada la afiliación ordenada en el numeral anterior, se ordenará a Capital Salud EPS que desafilie a la niña MIEH del régimen subsidiado en salud en la ciudad de Bogotá, con la finalidad de evitar la múltiple afiliación, de acuerdo con el artículo 2.1.3.14 del Decreto 780 de 2016. Para ello, se requerirá a la señora LMDS para que suministre la información oportunamente a Capital Salud EPS.

8.8. En relación con las actuaciones adelantadas por el ICBF, la Sala observa que ha habido una intervención en el tiempo en el marco de la verificación de los derechos de MIEH por parte de diferentes centros zonales, entre ellos, Puente Aranda, Bogotá (2011); Engativá, Bogotá (2012-2014); y Garzón, Huila (2017-2018). Sin embargo, no entiende por qué en los últimos años no se dio respuesta a la pretensión de custodia, máxime cuando hay una orden del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón en el sentido de que "*se adelante proceso de custodia a la señora [LMDS]*"[160], según referencia que hizo la coordinadora del Centro Zonal Garzón de la Regional Huila del ICBF[161].

Si bien a través de la Resolución No. 09 del 9 de abril de 2012, la defensoría de familia de asuntos no conciliables del Centro Zonal Engativá, decidió la custodia en favor de la abuela biológica de la niña, señora AAEH[162], es claro que las circunstancias fácticas cambiaron una vez MIEH se fue a vivir con LMDS, ESM y PDR, quienes deben ser considerados como su familia de crianza.

Urge, entonces, que se defina la custodia y el cuidado personal de la niña con la finalidad de evitar futuras situaciones similares a la estudiada, que pongan en riesgo o vulneren sus derechos fundamentales. En todo caso, deberá tenerse en consideración que cuando un niño o niña ha desarrollado vínculos afectivos con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de su familia de crianza, incluso si se hace con miras a restituirlo a su familia biológica[163].

En ese orden de ideas, la Sala le ordenará al Centro Zonal Garzón de la Regional Huila del ICBF que *(i)* continúe con el trámite de seguimiento del caso de MIEH, según la historia de atención 1080183493; *(ii)* defina la custodia y el cuidado personal de la niña, con fundamento en las facultades atribuidas en la Ley 1098 de 2006, teniendo en consideración que MIEH, ESM, PDR y LMDS integran un grupo familiar de tipología ampliada; y *(iii)* de ser pertinente, y en atención al desarrollo armónico e integral de la niña y al ejercicio pleno de sus derechos, procure la ubicación de su familia biológica para recuperar el contacto

---

[160] Folio 76 del cuaderno de revisión.
[161] Gloria Virginia Pascuas Rubiano.
[162] Folio 62, reverso, del cuaderno de revisión.
[163] Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2004.

con su abuela AAEH y su hermano JDEH, garantizando su derecho a tener una familia y no ser separada de ella, considerando que en el presente caso la familia la integran tanto la biológica como la de crianza.

Finalmente, y teniendo en cuenta que el caso involucra la obligación de la familia, el Estado y la sociedad de asistir y proteger a la niña MIEH para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, la Sala le solicitará a la Procuraduría General de la Nación vigilar el cumplimiento de la presente decisión judicial, de conformidad con el numeral 1º del artículo 277 de la Constitución Política.

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 Política,

RESUELVE

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de términos ordenada dentro del trámite de revisión mediante Auto del 7 de marzo de 2019.

SEGUNDO. REVOCAR la sentencia del 18 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Garzón, Huila, y la sentencia del 29 de agosto de 2018, emanada del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón, que declararon improcedente la acción de tutela promovida por la señora LMDS, como agente oficiosa de la niña MIEH en contra de EPS Sanitas S.A. En su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de la agenciada.

TERCERO. ORDENAR a la EPS Sanitas S.A. que, una vez cuente con la autorización de la señora LMDS, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, proceda a afiliar a MIEH como afiliada adicional en el marco de su contrato de salud, hasta que se pueda dar cumplimiento al requisito establecido en el numeral 9º del artículo 2.1.3.6 del Decreto 780 de 2016, momento en el cual la niña pasará a ser beneficiaria de la afiliada cotizante. Una vez realizada la afiliación, **EXHORTAR** a dicha EPS a que garantice la prestación de los servicios de salud que la niña requiera para su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

CUARTO. Una vez realizada la afiliación descrita en el resolutivo tercero, **ORDENAR** a Capital Salud EPS que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su conocimiento, desafilie a la niña MIEH del régimen subsidiado en salud en la ciudad de Bogotá, con la finalidad de evitar la múltiple afiliación. Para ello, se requiere a la señora LMDS para que suministre la información oportunamente a Capital Salud EPS.

QUINTO. ORDENAR al Centro Zonal Garzón de la Regional Huila del ICBF que *(i)* continúe con el trámite de seguimiento del caso de MIEH, según la historia de atención 1080183493; *(ii)* defina la custodia y el cuidado personal de la niña, con fundamento en las facultades atribuidas en la Ley 1098 de 2006, teniendo en consideración que MIEH, ESM, PDR y LMDS integran un grupo familiar de tipología ampliada; y *(iii)* de ser pertinente, y en atención al desarrollo armónico e integral de la niña y al ejercicio pleno de sus derechos, procure la ubicación de su familia biológica para recuperar el contacto con su abuela AAEH y su hermano JDEH, garantizando su derecho a tener una familia y no ser separada de ella, considerando que en el presente caso la familia la integran tanto la biológica como la de crianza.

SEXTO. SOLICITAR a la Procuraduría General de la Nación que vigile el cumplimiento de la presente decisión judicial, de conformidad con el numeral 1º del artículo 277 de la Constitución Política.

SÉPTIMO. ORDENAR a la Secretaría General de esta Corporación que los nombres y los datos que permitan identificar a la niña o a sus familiares sean suprimidos de toda publicación del presente fallo. Igualmente, **ORDENAR** por Secretaría General al Juzgado Primero Penal Municipal de Garzón y al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón, que se encarguen de salvaguardar la intimidad de la niña y sus familiares, manteniendo la reserva sobre el expediente.

OCTAVO. LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General