

RECIEN NACIDO PREMATURO-Protección especial

Si un recién nacido normal requiere de especiales cuidados de suerte que pueda desarrollarse en condiciones que beneficien su vida, salud, integridad física y social, entre muchos otros aspectos, con mayor razón un recién nacido prematuro que requiere de mucha más ayuda y atención a fin de que pueda desarrollarse tan normalmente como le sea posible, pues se trata de menores expuestos a una serie de circunstancias que ameritan mucho más cuidado que los menores que nacen al término completo del período de gestación.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección/ANALOGIA EN MATERIA DE LICENCIA DE MATERNIDAD DE PADRE BIOLOGICO-Aplicación numeral 4 artículo 34 Ley 50 de 1990

Como se ha señalado, una de las características principales del principio del interés superior del menor, según la más especializada doctrina, es que dicho principio constituye un concepto relacional según la cual la garantía de la protección de ese principio se predica frente a la existencia de intereses que se encuentran en conflicto, cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los intereses del menor. Ciertamente, tratándose de asuntos de menores, el principio del interés general del menor debe orientar su decisión en procura de proteger y garantizar los derechos fundamentales de los niños. Por ello, ante el vacío en la legislación para el caso de padres biológicos sin cónyuge o compañera permanente, no resultaba irrazonable la aplicación analógica del artículo 34, numeral 4°, de la Ley 50 de 1990, tal como lo solicitó el actor a la entidad accionada, pues en ese evento, se ha debido tener en cuenta, por encima de cualquier otra consideración, el bienestar de la menor en cuyo nombre se solicitaba dicha aplicación, máxime teniendo en cuenta la existencia de un antecedente que prohijaba dicha aplicación, como se puso de presente en esta providencia.

DERECHO A LA LICENCIA DE MATERNIDAD DE PADRE BIOLOGICO

El asunto sub examine imponía al juez constitucional, más que nunca, amparar los derechos fundamentales cuya protección constitucional se solicitaba y, de esa manera dar aplicación efectiva al principio de inmediatez que caracteriza la acción de tutela (CP. art. 86). Así las cosas, como lo ha señalado esta Corporación, la negativa de las entidades prestadoras de

salud al reconocimiento de incapacidades o licencias, cuando hay menores de por medio, desconoce sus derechos fundamentales, pues prácticamente todos los que enuncia el artículo 44 de la Constitución Política, pueden resultar afectados por las deficiencias económicas de quien es cabeza de familia. De las consideraciones que se han expuesto en esta providencia, la Sala concluye que resulta flagrante y ostensible el desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales del demandante y de su hija recién nacida, los cuales deben ser protegidos

Referencia: expediente T-778074

Peticionario: Oscar Hernán Rincón

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Bogotá, D. C., trece (13) de noviembre de dos mil tres (2003).

SENTENCIA

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que se hizo en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección número ocho ordenó la selección del mencionado expediente por auto de 29 de agosto de 2003.

I. Antecedentes

El ciudadano Oscar Hernán Rincón Alfonso, actuando en nombre propio y en el de su menor hija Laura Esperanza Rincón Muñoz, interpuso acción de tutela en contra de Compensar E.P.S., por la presunta vulneración de los derechos a la vida, la salud, la igualdad, la niñez y la familia, consagrados en la Constitución Política.

Aduce como supuestos fácticos los siguientes:

1. Que su cónyuge María Esperanza Muñoz Lozano, ingresó a la Clínica David Restrepo el día 10 de abril del año en curso, para ser atendida de parto, siendo remitida al Hospital San José el día 13 del mismo mes y año, día en el cual nació la menor Laura Esperanza Rincón Muñoz, mediante el procedimiento de cesárea, quedando en cuidados intensivos a consecuencia de

su nacimiento prematuro de 34 semanas de gestación, hasta el día 20 de abril de 2003.

Manifiesta el actor que su cónyuge fue dada de alta el 17 del mismo mes, pero debido a su delicado estado de salud debió reingresar al centro hospitalario el 19 de ese mes, siendo intervenida quirúrgicamente el día 21 debido a una peritonitis derivada de la cesárea, estando en cuidados intensivos hasta el 30 de abril. El 2 de mayo fue intervenida nuevamente con el objeto de proceder al “cierre de la herida derivada de la cirugía del 19 de abril de 2003, pues desde entonces permaneció en observación por cirugía abierta”. El 4 de mayo ingresó nuevamente a cuidados intensivos, el día 5 fue nuevamente operada y el 6 de mayo a la 1.15 de la mañana falleció.

Ante esa situación quedaron bajo su cuidado directo su hija recién nacida y dos menores más, para cuyo cuidado, protección y amor ha tenido que solicitar permisos, licencias, vacaciones y tiempos compensatorios, lo cual ha afectado su salud, así como las obligaciones de padre y funcionario de la Superintendencia de Servicios Públicos. Por esa razón, y con fundamento en los derechos fundamentales de los niños, solicitó a la entidad accionada la aplicación del numeral 4° del artículo 34 de la Ley 50 de 1990 en cuanto a la licencia de maternidad que les es reconocida a los padres adoptantes cuando carecen de cónyuge o compañera permanente. No obstante, Compensar E.P.S. negó su solicitud mediante Oficio CDG 045 de 22 de mayo de 2003, por considerar que la norma legal citada solamente cubre a los padres adoptantes que estén en las circunstancias descritas en la norma.

2. Considera el demandante que si el numeral 4° del artículo 34 de la Ley 50 de 1990 hace extensiva la licencia de maternidad a los padres adoptantes sin cónyuge o compañera permanente aun sin que se trate de un recién nacido, no encuentra razón de orden constitucional o legal para que el padre biológico, como es su caso, no tenga ese mismo derecho cuando se encuentre en las mismas condiciones que el padre adoptante “máxime cuando aquí se trata de una recién nacida, que entre otros aspectos y de manera desafortunada, su madre ha fallecido a los pocos días de la fecha del parto”. Conclusión a la cual se llega, aduce el actor, como consecuencia de la interpretación analógica realizada con base en lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley 153 de 1887.

Aduce el actor que como padre de la menor, tiene derecho a la licencia de maternidad que por extensión solicita, ya que cumple con los requisitos exigidos a las madres para efectos de

dicho reconocimiento, como quiera que la relación y el período de cotización con la entidad demandada, va desde el 22 de febrero de 1996 hasta la fecha de presentación de la tutela, término durante el cual se llevó a cabo la gestación, tal como lo exige el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, y además se encuentra al día en el pago de sus aportes.

3. Finalmente manifiesta el accionante que como un elemento de apoyo para el estudio y valoración del asunto sometido a estudio, anexa fotocopia del concepto No. DJN. US. 02478 de 15 de mayo de 2000, de la Dirección Jurídica Nacional del Seguro Social, la cual ante una situación similar a la planteada, determinó la viabilidad jurídica de la licencia de maternidad para el padre sin cónyuge o compañera permanente.

Solicita en consecuencia, en procura de la protección de la vida y la salud de su menor hija, el reconocimiento de la licencia de maternidad, por cuanto dado su estado prematuro requiere el amparo y la protección requiere de mayor atención que si se tratara de un bebe nacido en circunstancias normales.

Respuesta de la E.P.S. Compensar

La entidad accionada considera que no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante ni de su menor hija, por cuanto la protección a la maternidad es una prestación que contiene dos beneficios para la trabajadora, uno es el descanso y otro la remuneración. En relación con el primero, la licencia le corresponde otorgarla al empleador y a partir de la Ley 100 de 1993 “siempre y cuando el patrono y trabajador cumpla (sic) con los requisitos establecidos por la normatividad vigente, las EPS reembolsan al empleador el pago que éste hace a la trabajadora dependiente con ocasión del otorgamiento de la licencia de maternidad”. Siendo ello así, las EPS solamente garantizan las prestaciones económicas, y el descanso es del resorte del empleador, que es el beneficio que requiere de inmediato el demandante.

Así las cosas, solicita negar la acción de tutela impetrada en su contra. Con todo, expresa que si por vía de esta acción se condena a Compensar E.P.S. al pago de la prestación económica, solicita que se ordene al Fondo de Solidaridad y Garantía y/o Ministerio de Salud, el reembolso de los dineros que deba asumir.

II. Decisiones judiciales objeto de revisión.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Bogotá, negó el amparo solicitado por considerarlo improcedente, expresando que el juez de tutela no está habilitado para administrar justicia en forma paralela al juez que por competencia le corresponde conocer de un asunto, porque ello implicaría intromisión de competencias y funciones que amenazaría el principio de seguridad jurídica.

Impugnación

El demandante inconforme con el fallo proferido por el juez constitucional de primera instancia, lo impugnó.

Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá, confirmó el fallo de primera instancia. Después de citar apartes de sentencias proferidas por esta Corporación en relación con la protección constitucional a la maternidad, expresa el ad quem lo siguiente: “[E]n este orden de ideas, la normatividad vigente exige a los jueces, como autoridades públicas vinculadas a la ley, la defensa de los derechos de la mujer embarazada, buscando el máximo grado de efectividad de los mismos. Es por ello que el juez debe ponderar y aplicar los medios judiciales que de acuerdo a cada caso en particular, garanticen el cumplimiento eficaz de la legalidad. Entonces, debe retomar esta juzgadora si la acción de tutela es el mecanismo judicial aplicable en el presente asunto, o si por el contrario su evidente carácter subsidiario excluye la procedibilidad de la acción, ante la evidente invasión de la órbita laboral que amenazaría el principio de la seguridad jurídica”.

III. Consideraciones de la Corte Constitucional

1. La competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. El problema jurídico planteado

Corresponde a esta Sala de Revisión establecer si la acción de tutela es procedente para obtener el reconocimiento de la licencia de maternidad al padre biológico de una recién nacida [prematura], que por causa del fallecimiento de su cónyuge, se encuentra en la misma situación fáctica que contempla el artículo 34, numeral 4°, de la Ley 50 de 1990, según la cual [L]a licencia [se refiere a la licencia de maternidad] se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente". (negrillas fuera de texto).

3. Protección constitucional del menor. Interés superior del niño por encima de cualquier otra consideración.

3.1. Como es suficientemente conocido, la Constitución Política consagra una amplia protección constitucional a la mujer embarazada, a la madre y al menor. Así, con dicha protección se busca la igualdad efectiva entre los sexos (CP. art. 43), la protección a la vida (CP. Preámbulo, arts. 2, 11, 44), la protección a la familia como institución básica de la sociedad (CP. arts. 5 y 42), y, la garantía de los derechos de la madre como un mecanismo para proteger los derechos de los niños, los cuales por expreso mandato superior, prevalecen sobre los demás (CP. art. 44). Es sobre este último aspecto, esto es, sobre la protección constitucional de los menores, respecto del cual esta Sala hará énfasis, dadas las especiales circunstancias del caso que nos ocupa.

3.2. Ahora bien, aun antes de la Constitución de 1991 se viene configurando un sistema jurídico de protección a la maternidad y a los menores. Así, el régimen de protección a la maternidad tuvo su origen con la expedición de la Ley 53 de 1938, continuó con la Ley 197 del mismo año, y el decreto reglamentario de la primera ley citada 1632 de ese año, y se consolidó con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo (art. 236 y ss.), con algunas modificaciones, y finalmente con las leyes 73 de 1966, 27 de 1974 y 50 de 1990. El objeto fundamental de esta legislación fue el de velar por la protección de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, así como la protección de los menores en todos los planos del ser.

Para el asunto que ahora ocupa la atención de la Corte, es importante destacar que la Ley 50 de 1990, artículo 34, hizo extensiva la protección a la madre adoptante del menor de siete años de edad, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor adoptado, y extendió también la licencia de maternidad al padre adoptante sin cónyuge o compañera

permanente. La finalidad esencial de dicha extensión a la madre adoptante y al padre adoptante que se encontrara en las circunstancias establecidas en la norma, no fue otra que garantizar en los primeros días de existencia del menor y en su más tierna infancia, su protección integral, es decir, desde su perspectiva biológica, física, emocional, intelectual, familiar, social, etc.. Esa fue la filosofía que orientó esa reforma a la legislación ordinaria laboral, dadas las múltiples y especiales necesidades que un ser humano en los primeros años de su vida reclama y que exalta el interés superior en la creación de condiciones necesarias para el pleno desarrollo del menor, a fin de satisfacer y superar la inicial condición de necesidad y dependencia propias de esa etapa de la vida.

En virtud del artículo 44 de la Constitución Política, los niños gozan de una gama amplísima de derechos fundamentales, como la vida, la salud, la integridad física, la seguridad social, la alimentación equilibrada, el derecho a tener una familia y no ser separada de ella, la educación, la cultura, la recreación, y el derecho al cuidado y el amor entre otros. Esa misma norma superior establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, lo cual indica que se trata de un principio rector que debe orientar la interpretación y aplicación de la ley en beneficio y provecho del menor y de su protección efectiva.

En relación con el principio rector del “interés superior del menor”, esta Corporación se ha pronunciado en múltiples oportunidades, en las cuales se ha puesto de presente que “[E]l denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era muy reducida.

Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista -que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un

adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes.

La más especializada doctrina consiste en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor”¹.

Atendiendo el principio del interés superior del menor, el legislador colombiano ha buscado mecanismos orientados a hacer realidad el mandato superior de la prevalencia de los derechos de los niños sobre los demás (CP. art. 44). En ese sentido, se expidió la Ley 755 de 2002, mediante la cual se modificó el párrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, en el sentido de reconocer la licencia de paternidad bajo la consideración fundamental del imperativo de brindar a los niños el afecto, la ternura, el cuidado y el amor de ambos progenitores, a fin de garantizar plenamente el desarrollo integral de los menores. Precisamente, esta Corporación al examinar una demanda de inconstitucionalidad en contra de la referida ley², expresó en relación con el derecho fundamental de los niños al cuidado y amor lo siguiente: “[E]l derecho fundamental de los niños al cuidado y amor, consagrado como novedoso en la Constitución de 1991, guarda armonía con distintos textos internacionales, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuyo artículo 25 numeral 2° prescribe que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”; con la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, que en su preámbulo establece que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, por lo cual gozará de una “protección especial y dispondrán de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en

condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con ese fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño³; también dispone dicha Declaración que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de su padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole”⁴; igualmente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por medio de la Ley 74 de 1968, que señala en su artículo 24 que “todos los niños tienen 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”⁵.

Siguiendo ese hilo conductor, el legislador expidió la Ley 750 de 2003, por la cual se dictaron normas “sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario a la mujer cabeza de familia”, la cual fue demandada parcialmente ante esta Corporación, de cuyo examen la Corte encontró que una justificación de la medida adoptada por el legislador fue la de proteger a los niños que dependen de la madre cabeza de familia y, bajo esa consideración encontró que los menores que hacen parte de un núcleo familiar que depende exclusivamente del padre, tienen el mismo derecho fundamental a tener una familia y recibir amor y cuidado. Dijo en esa oportunidad la Corte lo siguiente “...[D]e esta manera la Corte asegura la posibilidad de que se cumpla el deber que tienen los padres en las labores de crianza de sus hijos alejándose así del estereotipo según el cual, el cumplimiento de este deber sólo es tarea de mujeres y tan sólo a ellas se les pueden reconocer derechos o beneficios para que cumplan con dichas labores. Con esta decisión se asegura a la vez, que los titulares del derecho realmente se lo merecen, en razón a que es lo mejor en el interés superior del niño, no una medida manipulada estratégicamente en provecho del padre condenado que prefiere cumplir la pena en su residencia. Compete a los jueces penales en cada caso velar porque así sea.

Entonces considera la Corte que el legislador no puede proteger exclusivamente los derechos

al cuidado y amor de los niños y niñas, dada su estrecha relación con sus derechos a la salud y con su desarrollo integral, cuando éstos se ven expuestos a riesgos y cargas desproporcionadas por la ausencia de la madre, puesto que dependen de ella por ser la cabeza de la familia, y desentenderse completamente de los derechos de los menores cuando dependen del padre”6 .

4. El caso concreto

4.1. Ante el desafortunado fallecimiento de su cónyuge, veintidós días después del nacimiento prematuro (34 semanas) de su hija, el demandante dirigió una comunicación a Compensar EPS, en la cual invocando los derechos fundamentales de los niños solicitó la licencia de maternidad que por extensión se reconoce a los padres adoptantes sin cónyuge o compañera permanente, según lo dispone el numeral 4° del artículo 34 de la Ley 50 de 1990, que modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, argumentando que se encuentra en las mismas condiciones señaladas para el caso del padre adoptante, y por ello había lugar a la interpretación analógica a que se refiere el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, en concordancia con las disposiciones Constitucionales.

La entidad accionada sin tener en cuenta para nada la grave situación familiar que aquejaba al accionante, hizo caso omiso de los derechos fundamentales constitucionales de los niños y de su prevalencia sobre los derechos de los demás, y se limitó a negar la licencia solicitada bajo el argumento de que la cónyuge fallecida no era cotizante sino beneficiaria del demandante, sin realizar el más mínimo análisis del caso concreto que se sometía a su consideración, limitándose a citar disposiciones legales, desconociendo por completo las disposiciones constitucionales y, haciendo caso omiso del antecedente argüido por el demandante, según el cual ante un evento que guarda bastante identidad con el sometido a examen, la E.P.S. Seguro Social, había reconocido la prestación solicitada, aduciendo para el efecto lo siguiente:

“[E]fectivamente esta Dirección ha emitido varios conceptos acerca del tema en consulta, tales como DJN US 26662 de 21 de mayo de 1996, DJN US 07806 del 18 de noviembre de 1998, DJN US 01792 de 30 de marzo de 1999, entre otros, en los cuales se ha dicho en síntesis:

El artículo 34 de la Ley 50 de 1990, modificatorio del artículo 326 (sic) del Código Sustantivo

del Trabajo, dispone que toda trabajadora en estado de embarazo tiene el derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

Agrega el numeral 4° que las garantías se hacen extensivas en los mismos términos cuando fuere procedente a la madre adoptante y que la licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente...

Es importante recalcar, que la licencia de maternidad consagrada para las madres biológicas y extendida a los padres adoptantes tiene como objeto prodigar los cuidados que requiere el menor y lograr la adaptación psicosocial y familiar del mismo, quien ha merecido una especial protección a sus Derechos Fundamentales en la Constitución Política de 1991 como se desprende del artículo 44.

Ahora bien, si el padre adoptante tiene derecho a la licencia en el evento de que falte su esposa o compañera, aun sin que se trate de un recién nacido, consideramos que no existe razón para que un padre biológico no tenga ese mismo derecho cuando se encuentre en las mismas condiciones antes señaladas por el padre adoptante, máxime cuando aquí se trata de un recién nacido.

Es claro que nuestra legislación no se ha pronunciado sobre el particular existiendo un vacío al respecto, por lo que es preciso hacer una interpretación analógica en virtud de lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, que prevé que cuando no haya ley exacta aplicable al caso controvertido se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes.

De acuerdo con los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, confirmamos nuestros pronunciamientos anteriores sobre el particular, y en este sentido consideramos procedente assimilar el presente caso al del padre adoptante sin esposa, ni compañera permanente, y en consecuencia legalmente pertinente otorgarle Licencia remunerada por Paternidad durante doce (12) semanas al peticionario MARTÍN SIERRA". (Negrillas fuera de texto).

4.2. Los jueces constitucionales que conocieron de este proceso en las respectivas instancias, en lacónicas providencias que denotan una absoluta ausencia del examen del asunto sub iudice, aunado a un total desconocimiento de las disposiciones superiores que

protegen los derechos fundamentales de los niños, negaron el amparo solicitado aduciendo la existencia de otro medio de defensa judicial, sin reparar en la tragedia familiar que se les ponía de presente y, lo que es más grave, sin tener en cuenta que se buscaba la protección de una recién nacida que más que nunca necesitaba de la atención, amor y cuidado de su progenitor, dadas las especialísimas circunstancias de su nacimiento.

Si un recién nacido normal requiere de especiales cuidados de suerte que pueda desarrollarse en condiciones que beneficien su vida, salud, integridad física y social, entre muchos otros aspectos, con mayor razón un recién nacido prematuro que requiere de mucha más ayuda y atención a fin de que pueda desarrollarse tan normalmente como le sea posible, pues se trata de menores expuestos a una serie de circunstancias que ameritan mucho más cuidado que los menores que nacen al término completo del período de gestación. Es mucha la literatura que explica la especial protección que requieren los bebés prematuros, ello, porque como se ha expresado: “[V]arios investigadores científicos que han estudiado a prematuros hasta que alcanzan la edad escolar descubrieron que es más probable que los prematuros, en comparación con niños nacidos a tiempo, tengan problemas de aprendizaje, la coordinación, el lenguaje, y el comportamiento (por ejemplo, para poder prestar atención y sentarse quieto). Debido a que hay muchas investigaciones que indican que lo que les pasa diariamente a las criaturas, tanto a las de animales como a las humanas, sí afecta cómo se desarrolla su cerebro, pensamos que algunos de estos problemas pueden deberse al hecho de que los prematuros pasan los primeros meses en un mundo muy diferente y mucho más estresante que el de la mayoría de los bebés”.⁷

4.3. Como se ha señalado, una de las características principales del principio del interés superior del menor, según la más especializada doctrina⁸, es que dicho principio constituye un concepto relacional según la cual la garantía de la protección de ese principio se predica frente a la existencia de intereses que se encuentran en conflicto, cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los intereses del menor. Ciertamente, tratándose de asuntos de menores, el principio del interés general del menor debe orientar su decisión en procura de proteger y garantizar los derechos fundamentales de los niños. Por ello, ante el vacío en la legislación para el caso de padres biológicos sin cónyuge o compañera permanente, no resultaba irrazonable la aplicación analógica del artículo 34, numeral 4°, de la Ley 50 de 1990, tal como lo solicitó el actor a la entidad accionada, pues en ese evento, se ha debido tener en cuenta, por encima de cualquier otra consideración, el

bienestar de la menor en cuyo nombre se solicitaba dicha aplicación, máxime teniendo en cuenta la existencia de un antecedente que prohijaba dicha aplicación, como se puso de presente en esta providencia.

No obstante, ni Compensar E.P.S., ni los jueces constitucionales de instancia, tuvieron en cuenta la circunstancia particular de la hija recién nacida del demandante, ni el hecho que en varios casos similares al del señor Oscar Hernán Rincón, el Seguro Social había considerado procedente asimilar el caso de los padres viudos al de los padres adoptantes sin cónyuge o compañera permanente, en virtud de la protección especial que constitucionalmente se le reconoce a los niños.

Si las autoridades administrativas y judiciales, y en general quienes por cualquier motivo tienen que tomar decisiones en las cuales se traten asuntos de menores, no tienen en cuenta que sus derechos prevalecen sobre los demás, las sociedades entran en franca decadencia al permitir que otras consideraciones primen sobre los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física, a la familia, a la recreación, a la educación, al cuidado y al amor, de los niños, así como a no ser maltratados ni abandonados, más aún cuando esas consideraciones, como en el caso que nos ocupa son netamente económicas.

Si bien es muchísima la importancia que tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se le ha otorgado a los derechos de los niños, pese a lo cual, todavía siguen siendo desconocidos, a juicio de la Sala resulta muy ilustrativo traer a colación apartes de un estudio sobre la situación en salud del niño colombiano y latinoamericano, en el cual se expresó lo que a continuación se cita:

“[D]e los cinco mil millones de habitantes del planeta Tierra, una quinta parte viven en buenas condiciones que tienden a mejorar; tres quintas aspiran a superar sus penurias y la quinta restante, lucha apenas por sobrevivir. Según el Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF): “a las puertas del siglo veintiuno, cerca de la mitad de la población de América Latina y el Caribe vive en la pobreza...prácticamente la mayoría de los niños de la región son pobres y la mayoría de los pobres son niños”. En Colombia, 45% de la población general y 66% de los niños están por debajo del nivel de pobreza absoluta, es decir, con un ingreso que no permite tener una alimentación mínima adecuada y otros bienes esenciales no alimentarios. Es necesario asumir una nueva ética social, que dé prioridad máxima a los

más vulnerables, los niños y las mujeres gestantes; que logre integrar el crecimiento económico con la equidad social, que establezca prioridades en el campo social y asigne los recursos necesarios para la solución de sus problemas.

El 90% del desarrollo físico y cerebral humano ocurre durante los primeros años de la vida. Los niños sólo tienen una oportunidad de desarrollarse; esta única oportunidad debe protegerse, hasta donde sea humanamente posible, contra las razones, errores y deficiente gestión del mundo adulto. El compromiso a favor de los niños requiere mantenerse por encima de cualquier otra prioridad, exigencia o dificultad. Siempre habrá preocupaciones más inmediatas, pero nunca más importantes que el desarrollo de los niños.

En abril de 1994, se organizó en Santafé de Bogotá la segunda reunión americana sobre infancia y política social; como producto de ese encuentro se publicó la Agenda 2000; ahora los niños; en ella se adquiere un compromiso político que entiende al niño en tres dimensiones: como sujeto de derecho, basado en la Convención de los Derechos del Niño; como agente de desarrollo, pues la inversión en el niño es el eje de la inversión en recursos humanos, porque se hace en el momento más adecuado y ofrece, además, expectativas de retorno más prolongadas en el tiempo; como constructor de la democracia, dado que la formación de valores individuales y colectivos para la organización social se esculpe en los primeros años de vida”9 .

4.4. En el escrito de respuesta a la acción de tutela, la entidad Compensar E.P.S., argumenta que la protección a la maternidad es una prestación patronal que contiene dos beneficios a saber: el descanso y la remuneración. En ese sentido, aduce que como quiera que el descanso le corresponde otorgarlo en forma exclusiva al patrono, pues las entidades prestadoras de salud solamente responden por las prestaciones económicas, es a la Superintendencia de Servicios Públicos a quien le compete otorgar el descanso que requiere el accionante por tratarse de la pretensión que en forma inmediata requiere.

Resulta increíble por decir lo menos, la respuesta de la E.P.S. Compensar, pues no tuvo en cuenta que además del tiempo que en forma urgente requería el demandante para brindarle el cuidado y amor necesarios a su hija recién nacida, también necesitaba y, más que nunca, dado el delicado estado de salud de la menor, de la remuneración económica para afrontar los meses en que estaría haciendo uso del “descanso”, sin contar que tiene dos hijos

menores más, para lo cual le resultaba indispensable contar con recursos económicos que le permitieran satisfacer su subsistencia y la de sus hijos, particularmente la de la menor recién nacida, en las mismas condiciones que si se encontrara trabajando.

El argumento falaz aducido por la entidad accionada, priva al demandante de la posibilidad de tomar una licencia que le resulta indispensable para atender las necesidades que requiere su hija recién nacida, a recibir el cuidado y amor que particularmente en estos primeros meses le son fundamentales. La licencia remunerada que solicitó el accionante, se constituye en el salario que necesita devengar durante los meses que va a estar retirado de sus labores y, por ello, en el único medio de subsistencia de él y de su familia.

Si bien el señor Oscar Hernán Rincón invocó el amparo constitucional primordialmente en nombre de su hija recién nacida, no puede la Corte pasar por alto que el actor tiene dos hijos menores más, uno de quince y el otro próximo a cumplir doce años de edad, quienes en esos momentos también necesitaban la presencia de su padre, dadas las especiales circunstancias por las que estaban atravesando, en las cuales requerían del apoyo emocional y afectivo de su padre.

A juicio de la Corte, el asunto sub examine imponía al juez constitucional, más que nunca, amparar los derechos fundamentales cuya protección constitucional se solicitaba y, de esa manera dar aplicación efectiva al principio de inmediatez que caracteriza la acción de tutela (CP. art. 86). Así las cosas, como lo ha señalado esta Corporación, la negativa de las entidades prestadoras de salud al reconocimiento de incapacidades o licencias, cuando hay menores de por medio, desconoce sus derechos fundamentales, pues prácticamente todos los que enuncia el artículo 44 de la Constitución Política, pueden resultar afectados por las deficiencias económicas de quien es cabeza de familia¹⁰.

4.5. De las consideraciones que se han expuesto en esta providencia, la Sala concluye que resulta flagrante y ostensible el desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales del demandante y de su hija recién nacida, los cuales deben ser protegidos, razón por la cual se revocarán las providencias que se revisan y, en consecuencia, se concederá el amparo solicitado, para cuyo cumplimiento efectivo, se ordenará a la entidad accionada que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente providencia, reconozca la licencia a que se refiere el numeral 4°, del artículo 34 de la Ley 50

de 1990, la cual se extiende por ministerio de la ley al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente y, en tal virtud, con mayor razón al padre biológico que se encuentra en las mismas circunstancias fácticas, como quiera, que en donde existe la misma razón de hecho debe ser aplicada la misma solución en derecho.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: REVOCAR las sentencias proferidas por los Juzgados Veintitrés Civil Municipal y Once Civil del Circuito de Bogotá, el 16 de junio y 22 de julio de 2003, respectivamente

Segundo: CONCEDER la tutela impetrada por el señor Oscar Hernán Rincón, en su propio nombre y en el de su hija Laura Esperanza Rincón Muñoz y, en consecuencia ORDENAR a Compensar E.P.S., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, otorgue la licencia a que se refiere el numeral 4°, del artículo 34 de la Ley 50 de 1990, la cual se extiende por ministerio de la ley al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente y, en tal virtud, con mayor razón al padre biológico que se encuentra en las mismas circunstancias fácticas, como quiera, que en donde existe la misma razón de hecho debe ser aplicada la misma solución en derecho.

Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Sent. T-408/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

2 Se demandó la inconstitucionalidad del inciso tercero de la Ley 755 de 2002 que disponía que la licencia de paternidad “sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia”, siendo declaradas inconstitucionales las expresiones “sólo”, “permanente” y “En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia” , y exequible el segmento normativo del inciso tercero del artículo 1° de la Ley 755 de 2002, que dispone que la licencia remunerada de paternidad opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera.

3 Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño

4 Principio 6 Ibídem

5 Sent. C-273/03 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

6 Sent. C-184/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

7 www.pediatrics.wisc.edu/childrenshosp

8 Ver consideración 3.2.

9 Fundamentos de Pediatría. Generalidades y Neonatología. Tomo I, segunda edición. José Alberto Correa V. Juan Fernando Gómez R. Ricardo Posada S. Dr. Humberto Ramírez Gómez. Capítulo I, pág. 1.

10 Sent. T-311/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo